Worin weichen die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechtes ab?

Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Paul Schmidt
Gerichtsreferendar.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0017

Literaturverzeichnis.

Accursius, Glosse zum digestum vetus, edid. Peter Brosseus et Joan. Henniquinus, Lugduni 1589.

Albers, Die Abgrenzung von Kauf, Werkvertrag und Auftrag u. s. w. Dissert., Jena, 1900.

Arndts von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl. Stuttgart 1889.

Baron, Pandekten, 7. Aufl. Leipzig 1890.

Bolze, Über den Zufall bei der Werkverdingung, im Archiv für die civilistische Praxis, Neue Folge 7. Bd Heidelberg 1874.

Bormann, Beiträge zur Erklärung der „Geschäftsbesorgung" in § 675 BGB. Göttingen 1901.

Brandis, Die rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung nach gem. Recht und nach den neueren Gesetzbüchern. Erlanger Dissertation 1898.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Auflage, Band II Erlangen 1873.

v. Buchholtz, Das Einstehen für den Zufall bei dem Werkverdingungsvertrage, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgeg. von Linde, Bd. 8 Gießen 1851.

Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

Burchardi, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen. Kiel 1861.

corpus iuris civilis, Digesta recognovit Mommsen. Berol. 1877.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. I. Jena 1897.

Crome, die partiarischen Rechsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg 1897.

— System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1900, Bd. II 1902. Tübingen.

Dankwardt, Die locatio conductio operis in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band XIII. Jena 1874.

Denkschrift zum Entwurfe eines BGB. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. Berlin 1901.

— Das bürgerl. Recht d. deutschen Reichs u. Preußens, 1. und 2. Aufl., Bd. II. Halle 1901.

Ehrenberg, Kauf und Werkvertrag, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 27. Jena 1889.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß. Jena 1899. Bd. IV, 2. Heft.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl. Berlin 1903.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. mit Anmerk., 5. Aufl. München 1902.

Gai institutiones edid. Kruegeret Studemund, Berolini 1877.

Gerth, der Begriff der vis maior im Röm. und Reichsrecht. Berlin 1890.

Gesterding, Alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten. Greifswald 1818.

Goldschmidt, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XVI, S. 287 ff. Erlangen 1871.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. Aufl., herausg. von Erxleben. Göttingen 1843.

Glück, Erläuterungen der Pandekten, Bd. VI 1800, Bd. XVII 1815.

Grohée, Die rechtliche Natur des Werklieferungsvertrages nach gemeinem Recht ꝛc. Greifswalder Dissertation 1892.

Gutachten aus dem Anwaltstande, herausgegeben von Löwenfeld 1895.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB. Mannhaim 1898.

Hachmeister, Über Gefahrtragung bei Arbeitsmiete. Göttinger Dissertation 1887.

Hartmann, Juristischer Casus und seine Prästation bei Obligationen auf Sachleistung, insbesondere beim Kauf, in Iherings Jahrbüchern. Jena 1884.

Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen, Bd. II, Hamburg 1830.

Homann, Der Zufall bei der Werkverdingung nach gem. Recht. Greifswalder Dissertation 1892.

Keller, Pandekten, Vorlesungen, herausg. v. Friedberg. Leipzig 1861.

Kentenich, Die rechtliche Behandlung des Zufalls beim Werkvertrag nach dem deutschen BGB. Erlanger Dissertation 1898.

Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme“ (Empfangnahme) nach dem BGB. und Handelsgesetzbuche, in der Deutschen Juristen-Zeitung zu Nr. 21, 1902.

Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen. Berlin 1888.

Loening, Werkvertrag, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Bd. 7. Jena 1901.

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen röm. Rechts, 2. Aufl. Gießen 1818.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Berlin 1900, 4. Aufl.

Maas, Bibliographie des Bürgerl. Rechts. Berlin 1899, 1900.

Michaelis, Der Begriff der „Geschäftsbesorgung“ im § 675 des BGB. Dissertation, Rostock 1902.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Abt. I, Braunschweig 1853, Abt. III, 1855.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1888.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Aufl. herausg. von Madai, 2. Teil. Halle 1844.

Örtmann, Der Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. XXIV, Wien 1897, (angeführt als Örtmann I).

— Kommentar zum BGB., das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, (angeführt als Örtmann II).

Paszotta, Die rechtliche Behandlung bei der Werkverdingung. Greifswalder Dissertation 1899.

Planck, BGB. erläutert, 2. Buch, Lieferung 4, 2. Aufl. Berlin 1898.

Puchta, Pandekten, 10. Aufl. Leipzig 1866.

Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des Römischen Privatrechts. Innsbruck 1855.

Probst, Die rechtliche Behandlung des casus bei der l. c. operis nach Gem. Recht und nach dem neuen BGB. Dissertation Erlangen 1897.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. II, Berlin 1898.

Rauert, Anspruch auf Abnahme bei Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag nach gem. Recht und BGB. Rostocker Dissertation 1902.

Rienzler, Der Werkvertrag nach dem BGB. Sonderabdruck aus Fischers Abhandlungen. Jena 1900.

Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, Bd. II. Breslau 1890.

Rümelin, M., Der Zufall im Recht, Akadem. Antrittsrede. Freiburg 1896.

Schmahl, Die rechtl. Behandlung des Zufalls beim Werkvertrag nach Gemeinem Recht und dem BGB. Erlanger Dissertation 1898.

Schmauser, Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gem. Recht. Erlanger Dissert. 1891.

Schmoll, Welche Wirkungen hat bei der locatio conductio der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Contrahenden? Straßb. Dissert. 1899.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. Berlin 1897.

Sempell, Gemeinrechtliche Streitfragen auf dem Gebiete der Werkverdingung und ihre Entscheidung durch das BGB. Erl. Dissertation 1899.

Seuffert's Archiv, Bd. 29, herausgeg. von Preusser. München 1874.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. II. Leipzig 1868.

Staudinger, Kommentar zum BGB, 15. Lieferung. München 1901.

Strohal in Iherings Jahrbüchern, Bd. 33 Jena 1894.

Thibaut, System des Pandektenrechts, 8. Aufl., Bd. II. Jena 1834.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerl. Recht, Leipzig 1900.

Unterholzner, Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts, herausgeg. von Huschke, Bd. II. Leipzig 1840.

Ury, Über die Gefahrstragung bei der locatio conductio operis nach Gem. Recht. Erlang. Dissert. 1897.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Auflage. Marburg 1869.

Wächter, G. v., Pandekten herausgeg, durch O. v. W. Leipzig 1881.

— Im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 15, 1832.

v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 5. Aufl. München 1837.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Bd. II. Frankfurt 1900.

— In der Kritischen Zeitschrift, Heidelberg Bd. II 1855, S. 106 ff. zu Mommsen.

Wiskott, Welche Wirkungen hat bei der l. c. operis der vor der Approbation erfolgte zufällige Untergang des Werkes auf die Verpflichtungen der Kontrahenten? Erlang. Dissert. 1897.

v. Wyß, Die Haftung für fremde Culpa nach röm. Recht. Zürich 1867.

Zitelmann, Das Recht des BGB., Allgem. Teil, Leipzig 1900.

Dispositon.

A. Einleitung: Über den Gang der Abhandlung.

B. Hauptteil:

A. I. Die Abgrenzung des Werkvertrages von verwandten Schuldverhältnissen:

a) von der Sachmiete,

b) von der Dienstmiete,

c) von dem Auftrage,

d) von dem Kaufe.

II. Was bedeutet der Begriff: „Tragung der Gefahr"?

a) im allgemeinen,

b) bei Schuldverhältnissen,

c) bei dem Werkvertrage insbesondere.

III. a) Überblick über die für das römische Recht aufgestellten Meinungen über die rechtliche Behandlung der Gefahr bei der locatio conductio operis:

1) der Besteller trägt die Gefahr;

2) der Unternehmer trägt die Gefahr,

α) bis zur Approbation,

β) bis zur Vollendung;

3. die Mittelmeinung: Teilung der Gefahr zwischen Besteller und Unternehmer.

b) Die Quellen und unsere auf Grund dieser gebildete Meinung.

B) Die Regeln des bürgerlichen Gesetzbuches über die Tragung der Gefahr weichen von denen des römischen Rechtes ab in folgenden Punkten:

I. hinsichtlich seines Grundsatzes:
   a) wer die Gefahr zu tragen habe,
   b) wann die Gefahr übergehe;

II. hinsichtlich der vis maior (vis aliqua, vis naturalis).

III. hinsichtlich der Wirkungen der Tragung der Gefahr auf den Lohnanspruch des Unternehmers:
   a) vor der Abnahme des Werkes oder vor der Vollendung, wenn sie der Abnahme rechtlich gleichgestellt ist:
      1. bei Unmöglichkeit der Herstellung,
      2. bei Vernichtung oder Verschlechterung des ganz oder teilweise ausgeführten Werkes;
   b) nach der Abnahme unter dem Gesichtspunkte der Mängelhaftung:
      1. Anspruch des Bestellers auf Beseitigung des Mangels, sein Recht, den Mangel selbst zu beseitigen,
      2. Recht auf Wandelung und
      3. Minderung,

IV. hinsichtlich der etwaigen Pflicht des Unternehmers, das Werk von neuem zu beginnen.

C. Schluß: Rückblick.

In der vorliegenden Abhandlung soll des Näheren gezeigt werden, inwiefern das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich die Vorschriften über die Tragung der Gefahr bei dem Werkvertrage anders normiert hat, als das römische Recht.

Bevor jedoch diese Gegenüberstellung erfolgt, sind zwecks Abgrenzung des zu behandelnden Stoffes noch einzelne Vorfragen zu berühen.

Zunächst scheint es, da der Werkvertrag mit anderen Rechtsverhältnissen sich nahe berühren kann, unser Thema aber sich nur mit dem eigentlichen Werkvertrag beschäftigt, geboten, eine Abgrenzung dieses Vertrages von verwandten Schuldverhältnissen zu versuchen.

Sodann bedarf es der Feststellung, was unter „Tragung der Gefahr" zu verstehen ist.

Weiter, fragt das Thema nach der unterschiedlichen Regelung des BGB. vom römischen Recht, so ist es erforderlich, auf die diesbezüglichen Stellen der römischen Kodifikation zurückzugehen, daneben aber eine Übersicht über die in der Litteratur vertretenen Ansichten zu geben.

Dann erst ist es uns ermöglicht, das römische Recht und das BGB. in ihren Abweichungen hinsichtlich unserer Frage gegenüberzustellen. Im römischen Recht war der Werkvertrag als locatio conductio operis im Systeme den Mietverträgen

eingefügt.[1] Man unterschied hier drei Arten von Miete: die locatio conductio rei, die l. c. operarum und die l. c. operis. Einzelne Autoren, so Dankwardt[2] und Windscheid[3] fassen die beiden letzten sogar unter dem Namen Dienstmiete zusammen, indem sie die l. c. operis als eine „durch Nebenvertrag modifizierte" oder als einen „besonderen Fall" der l. c. operarum betrachten.

Doch wenden sich hiergegen unter anderen Dernburg[4] und Riezler[5]; Dernburg, indem er hervorhebt, daß die l. c. operarum nur mit solchen, persönlich zu leistenden Arbeiten zu tun habe, die nach Anordnung und Geheiß des Arbeitgebers zu geschehen hätten, dagegen die Werkverdingung einen „ökonomischen Effekt" zum Inhalte habe. Als Beleg aus den Quellen führt er an l. 5 § 1 D 50,16 ‚opere locato conducto': his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον id est ex opere facto corpus aliquod perfectum. Es sei nun selbstverständlich, daß zur Herbeiführung des gewollten Erfolges Arbeit aufgewendet werden müsse, und darum sage Paulus in der l. 22 § 2 D 19,2: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

Daneben führt Riezler als Grund gegen diese Unterordnung des Werkvertrags unter die Dienstmiete noch an, daß dies dem historischen Vorgange widerspreche. Die l. c. operis sei auf dem Gebiete des öffentlichen Bauwesens entstanden, weil sich hier die Dienstmiete als

1) D. locali conducti 19,2 Windscheid a. a. O. § 399.
2) a. a. O. S. 303.
3) Pandekten § 399.
4) Pandekten § 112, § 113 Note 2.
5) a. a. O. S. 7.

unzulänglich erwiesen habe, also in einem gewollten Gegensatz zur Dienstmiete. Von hier aus sei sie als durchaus selbständiges Rechtsinstitut in den Privatrechtsverkehr eingedrungen, und habe hier die Dienstmiete zwar nicht aus dem Felde geschlagen, aber doch etwas in den Hintergrund zurücktreten lassen. Sie sei historisch jünger als die Dienstmiete, nicht aber historisch aus ihr abzuleiten.

Das BGB. hat den geschichtlich überkommenen Zusammenhang des Werkvertrages mit der Miete, wie schon die Anordnung im Gesetze zeigt, aufgegeben. Aber doch kann es bisweilen zweifelhaft sein, ob Sachmiete oder Werkvertrag oder beide zusammen vorliegen.[1] Das unterscheidende Merkmal ist in der Beantwortung der auf den Begriff beider Verträge zurückgreifenden Frage zu finden, ob der Wille der Parteien vorzugsweise auf die Überlassung „des Gebrauches einer Sache" (§ 535) oder auf die Aufwendung der Arbeitskraft zwecks Erlangung eines Erfolges gerichtet ist (§ 631).

Demnach ist für das römische Recht und für das BGB. unzweifelhaft der Werkvertrag von der Dienstmiete dahin abzugrenzen, daß in dem ersten Falle nach dem Willen der Parteien erst das fertige Arbeitsresultat Erfüllung des Vertrages ist, während Gegenstand des Dienstvertrages die Arbeit als solche, die Dienste ohne Rücksicht auf den Erfolg sind.[2]

---

1) Beispiele hierzu s. bei Örtmann II S. 351, Planck a. a. O. S. 369.

2) Motive S. 455, S. 471; cf. Hachenburg a. a. O. S. 42 Riezler a. a. O. S. 44, Note 7.

Zwar dürfte im Einzelfall auch an Hand dieser Anhaltspunkte, da dieser Parteiwille nicht immer mit genügender Klarheit zu erkennen sein wird, die Entscheidung schwer sein, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliegt und doch ist sie von großer Wichtigkeit. Denn die rechtliche Behandlung dieser Verträge ist durchaus verschieden. Sind beim Dienstvertrag, besonders seit der Geltung des BGB., die Vorschriften zum größten Teil „Schutzbestimmungen" zu gunsten des Arbeiters, so ist die Regelung beim Werkvertrag von dem Gesichtspunkte der „wirtschaftlichen Gleichstellung" [1] erfolgt.

Wichtig wird die Entscheidung, ob Dienst- ob Werkvertrag, bei der Frage nach der Tragung der Gefahr. Ist sie in ersterem Falle insofern einfach zu beantworten, weil ja die Vergütung mit der Dienstleitung verdienst ist, so ist sie bei dem Werkvertrag von um so größerer Wichtigkeit, da hier erst der Erfolg der Arbeit bezahlt wird. Daß jedoch die Regelung der Tragung der Gefahr wenigstens im römischen Recht nicht in konsequenter Weise von diesem Gesichtspunkte aus durchgeführt ist, wird sich aus den weiter unten zu machendem Untersuchungen ergeben.

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal wird häufig noch, wie in den oben angeführten Worten Dernburgs schon angedeutet ist, in der Abhängigkeit des Dienstverpflichteten liegen, nach „Anordnung und Geheiß des Arbeitgebers" zu arbeiten. Es ist diese Unterordnung wie Riezler sie nennt, eine „Treupflicht, die ihren Grund nicht so sehr in der Rechtsordnung als in der Macht des Herkommens und ethischen Vorstellungen hat,

[1] Hachenburg a. a. O. S. 44 und 46.

und tatsächlich dem Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten die autoritative Stellung des Herrn gegenüber dem Diener verschafft."[1] Dieses Moment ist beim Werkvertrag nicht so stark ausgeprägt, da ja erst der Erfolg die Leistung sein soll, und darum dem Besteller, wenn nur das vertragsmäßige Werk geliefert wird, Art, Zeit und Maß der Arbeit gleichgültig oder doch nebensächlich sein kann.

In einem verwandten Verhältnisse steht der Werkvertrag ferner zum Auftrage insofern, als beide zu einer Geschäftsbesorgung[2] (§ 675 BGB.) verpflichten können.

1) Riezler a. a. O. S. 45.

2) Über den Begriff „Geschäftsbesorgung" ist die Wissenschaft noch nicht zu einer einheitlichen Auffassung gelangt. Hachenburg a. a. O. S. 13 ff glaubt, man könne die Geschäftsbesorgung als einen engeren Tatbestand umfassend, nicht aus dem weiteren Begriff der Dienstleistung ausscheiden. Gegen ihn wird mit Recht geltend gemacht, daß im Gesetze ein Gegensatz zwischen Dienstleistungsverträgen und Geschäftsbesorgungsverträgen unzweifelhaft gewollt sei, da sonst der Nebensatz in § 675: „der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat" inhaltlos wäre (so Örtmann II zu § 675 Anm. 1b, Riegler S. 75; dem Sinne nach ebenso Crome System § 252 Note 3). Nach Örtmann ist daher nicht jede Arbeitsleistung eine Geschäftsbesorgung. Es komme vielmehr darauf an, daß die Tätigkeit des Dienstpflichtigen bei der Geschäftsbesorgung ein „wirtschaftliches Resultat" für den Geschäftsherrn bedeute und dem Dienstpflichtigen nicht eine nur unselbständige Hilfsleistung überlassen werde. Der gleichen Meinung ist Crome (a. a. O.). Wie diese Autoren ist auch wohl Michaelis (a. a. O. S. 134) zu verstehen. Nach Planck (zu § 675 Ziff. 2) und Albers (a. a. O. S 78) soll unter den Begriff „Geschäftsbesorgung" jede Tätigkeit fallen, die jemand für einen andern entfaltet, sei es, daß dieser andere selbst nicht tätig sein will oder kann. Hingegen meint Dernburg (Bürg. R. § 294 IV), daß der § 675 alle auftragähnliche Dienst- und Werkverträge treffen solle, d. h. diejenigen Geschäfte, welche man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellte.

Das römische Recht sieht das unterscheidende Merkmal in der notwendigen Unentgeltlichkeit des Auftrages und Entgeltlichkeit der Werkverdingung. Späterhin wurde zwar ein Honorar für zulässig erklärt, konnte jedoch nur im außerordentlichen Verfahren eingeklagt werden.[1]

Andere Schriftsteller suchen das Kennzeichen der Geschäftsbesorgung in der rechtlichen Bedeutung der Tätigkeit der Dienstleistungen für den Berechtigten.

So umfaßt der Begriff nach Cosack (Bürgl. R. § 143 Ziff. II,1) die Arbeitsverträge, die entweder auf den Abschluß eines Rechtsgeschäftes oder rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührenden Tätigkeit gerichtet sind.

Nach Matthiaß (a. a. O. § 125. VI. A.) handelt es sich „um eine solche Tätigkeit des Dienstverpflichteten oder des Unternehmers, welche die rechtlichen Verhältnisse (nicht nur das Vermögen) des anderen Teiles berührt, also um eigentliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen." Im gleichen Sinne entscheiden Endemann und Enneccerus (E. Lehmann, Bürg. R. Bd. I S. 635) Noch andere Meinungen vertreten Riezler (a. a. O. S. 76 f.) und Bormann (a. a. O. S. 29), w. s.

Für die Ansicht jener Schriftsteller, die die rechtliche Wichtigkeit der Tätigkeit für den Berechtigten betonen, sprechen große Vorzüge. Zunächst ist sie, wenn man die Geschichte des § 675 verfolgt, im Einklange mit der Auffassung der Commission zweiter Lesung, die zu dieser Fassung des § 675 geführt hat. Es werde sich, so heißt es in den Protokollen (Bd. II, S. 377), in der Regel bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei. Sodann aber ist nur diese Abgrenzung von den angeführten — und das sichert ihre praktische Brauchbarkeit — im Stande, ein sicheres Unterscheidungsmerkmal zwischen Arbeitsverträgen überhaupt und solchen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, abzugeben. Legt man Gewicht nicht so sehr auf die rechtliche Bedeutung der Tätigkeit für den Berechtigten, sondern darauf, daß die Tätigkeit ein wirtschaftliches Resultat für den Dienstempfänger darstelle, so ist die gesuchte Grenze zum mindesten schwer kenntlich.

1) Windscheid, Pandekten § 409, 5. Riezler a. a. O. S. 73.

Das BGB. steht wiederum auf dem Standpunkte des reinen römischen Rechts.[1] Der Auftrag ist stets unentgeltlich (§ 662) und somit hat es keine Schwierigkeiten, ihn von den Werkvertrag, da für ihn die Vergütung als Begriffsmerkmal aufgestellt ist (§ 631), zu unterscheiden.

Noch in einer weiteren Beziehung bedarf der Begriff „Werkvertrag" einer Abgrenzung: vom Kauf. Wenn nämlich der Unternehmer das verdungene Werk an oder aus einer von ihm selbst zu beschaffenden Sache oder Stoff verfertigen soll, so kann es zweifelhaft sein, ob dieser Vertrag nach den Regeln des Kaufs oder des Werkvertrages zu beurteilen ist. Schon die römischen Juristen sind sich darüber nicht einig, indem Cassius diesen Fall zum Teil als Kauf, zum Teil als Werkvertrag behandeln will, während Gaius ein reines Kaufgeschäft annimmt.[2]

In der neueren Doktrin sind noch andere Lösungen der Frage versucht worden. So hat Dankwardt[3] die Grenze zwischen Werkvertrag und Kauf folgendermaßen bestimmt. Da die Verpflichtung des Werkmeisters begriffsmäßig darin bestehe, daß er an oder aus einem ihm angewiesenen Gegenstande (res data im weiteren Sinne) ein opus verfertige, so sei es gleichgültig, ob der Besteller Eigentümer der res data sei oder der Unternehmer, darin bleibe der Vertrag doch l. c. operis. Wenn jedoch weder für den Werkmeister faciendi necessitas

1) Anders noch der erste Entwurf eines BGB., s. hierüber die Ausführungen Loewenfelds in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 858 ff. und dazu Reatz ebenda S. 1313 f.

2) Gai institutiones, lib. III § 147.

3) a. a. O. S. 345.

(mithin der „Entrepriſevertrag"), noch res data vorliege, ſo daß die Verpflichtung dahin gehe, ut dares rem factam, dann ſei der Vertrag Lieferungskauf.

Dankwardt geht hier von der, in der Literatur allgemein nicht als richtig anerkannten,[1] Scheidung der Entrepriſe von der l. c. operis aus, ſo daß, iſt dieſe Trennung nicht richtig, auch die geſuchte Grenzbeſtimmung hierin nicht liegen kann.

Eine dritte, aber ganz allein ſtehende Meinung vertritt Ehrenberg.[2] „Jeder Vertrag, durch welchen ſich ein Kontrahent gegen Zahlung eine Geldſumme verpflichtet, ein Arbeitsprodukt herzuſtellen, iſt auch dann Werkvertrag, wenn der Lieferant das Material beizuſteuern hat."

Jedoch iſt die Meinung des Gaius, daß Kauf einer zukünftigen Sache anzunehmen iſt, wenn der Unternehmer ſelbſt den Stoff beſchafft, die herrſchende geblieben. Sie wird vertreten z. B. von Baron, Dernburg, Mommſen, Windſcheid, Emerich, Riezler und Örtmann.[3] Hingegen fällt die ſogenannte l. c. operis irregularis, d. i. wenn dem Unternehmer erlaubt iſt, ſtatt der gelieferten Sache eine andere zu verwenden, unter die Werkverdingung.[4]

1) ſ. z. B. Örtmann a. a. O. S. 4; Dernburg Pandekten § 113 Anm. 1, ausführliche Widerlegung bei Windſcheid, Pandekten § 401 Note 3a.

2) a. a. O. S. 285

3) Baron, Pandekten § 297 Note 9; Dernburg Pandekten § 113 Note 9; Mommſen I S. 365; Windſcheid Pandekten § 401,3; Emerich a. a O. S. 14; Riezler a. a. O S. 56; Örtmann II S. 374.

4) Örtmann II S. 351; Riegler a. a. O. S. 56; über die Streitfrage der l. c. operis irregularis ſ. Windſcheid Pandekten § 401 Note 12.

Nach dem BGB. ist die Abgrenzung des Werkvertrages gegenüber dem Kauf in fast gleichem Sinne, wie im römischen Recht erfolgt. Über die besondere Art dieses zwischen Kauf und Werkvertrag stehenden Vertrages, der nach dem Vorgange Ehrenbergs[1] und Fischer-Henles[2] mit dem Namen „Werklieferungsvertrag“[3] bezeichnet wird, sagt die Denkschrift[4] zu dem Entwurfe eines BGB.: „Der Vertrag unterscheidet sich wesentlich von dem Vertrage, welcher auf Verarbeitung eines vom Besteller gelieferten Stoffes gerichtet ist. In letzterem Falle kommt die Arbeit des Unternehmers unmittelbar dem Vermögen des Bestellers zu gute. Liefert dagegen der Unternehmer den Stoff, so bleibt das Werk zunächst sein Eigentum und seiner Verfügung unterworfen; wie beim Kauf ist er aber verpflichtet, dem Besteller die vertragsmäßig hergestellte Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an derselben zu verschaffen. Auf der anderen Seite ist der Vertrag insofern nicht dem Kauf, sondern dem Werkvertrag verwandt, als die Verpflichtung des Unternehmers zur Lieferung der Sache mittelbar auch die Verpflichtung in sich schließt, die Sache für den Besteller herzustellen.“

Auf Grund dieser Erwägungen sind für den Werklieferungsvertrag die Vorschriften über den Kauf für anwendbar erklärt; doch gilt diese Regel rein nur, wenn

1) a. a. O. S. 273.

2) a. a. O. zu § 651.

3) Emerich a. a. O. S. 33 und Riezler S. 33 nennen Werklieferungsvertrag nur den Vertrag über nicht vertretbare Sachen aus eigenem Stoffe des Unternehmers; den über vertretbare Sachen nennt Emerich „Lieferungsvertrag“. Wie der Text auch Örtmann II zu § 651.

4) S. 84 fg.

es sich um vertretbare Sachen, d. h. solche handelt, die im Verkehr nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (§ 91). Soll dagegen eine nicht vertretbare Sache hergestellt werden, so finden teils die Regeln des Kaufes, teils die des Werkvertrages Anwendung (§ 651). Daß diese Regelung von dem Gesichtspunkte der Vertretbarkeit aus erfolgt ist, findet seine Begründung in folgenden Ausführungen.[1] „Auch wer sich verpflichtet, die zu liefernde Sache aus eigenem Stoffe herzustellen, arbeitet in ähnlicher Weise, wie der, welcher das Werk an des Bestellers Gegenstand ausführen soll. Dies sicherlich bei der Herstellung nicht vertretbarer Sachen, während bei vertretbaren Sachen, die viele Abnehmer haben und deshalb leicht auf Vorrat angefertigt werden können, der Gesichtspunkt des Arbeitsverhältnisses allerdings zurücktritt. Und ferner: hat der Besteller den Stoff geliefert, so verwendet der Übernehmer seine Arbeit unmittelbar in das Vermögen des Bestellers; wer dagegen seinen eigenen Stoff bearbeitet, verwendet seine Arbeit auf seine eigene Sache; der Arbeitserfolg verbleibt ihm, bis er die fertige Sache gegen den vereinbarten Preis umtauscht. Sind nun die Absichten der Parteien auf diesen Umtausch gerichtet, so ist er kein anderer, als derjenige, welcher beim Kauf stattfindet."

Von den auf den Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen anzuwendenden Regeln des Werkvertrags sind nur die Vorschriften ausgeschlossen, welche dem Unternehmer ein Pfandrecht an der hergestellten

1) Sie finden sich in den Kommissionsprotokollen S. 2259—2269.

Sache oder an dem Baugrundstück einen Hypothekentitel geben (§ 647 und § 648). Daneben gelten aber auch die Kaufgrundsätze, soweit sie nicht im § 651 außer Kraft gesetzt sind, oder sich ihrer Natur nach in der Anwendung verbieten. Darum muß der Besteller z. B. den gelieferten Gegenstand frei von Rechten Dritter verschaffen.

Es hat keinen Einfluß auf den Charakter des Vertrages, wenn der Unternehmer nur Zutaten oder sonstige Nebensachen beschafft, darum bleibt der Vertag doch Werkvertrag (§ 651 Abs. 2); eine besondere Eigentumsübertragung ist in diesen Fällen nicht nötig, da nach § 947 Abs. 2 der Besteller durch die Verbindung das Eigentum an den Nebensachen erwirbt. Umgekehrt wird der Vertrag, wie wohl gefolgert werden darf, als Kauf zu behandeln sein, wenn der Besteller Nebensachen liefert, z. B. ein Knopffabrikant seinem Schneider Knöpfe für seinen Anzug übergibt. Streit herrscht aber unter den Gelehrten über die Behandlung des Vertrages, wenn beide Parteien gleichwertiges Material liefern. Planck[1] entscheidet sich in diesem Falle für einen Werkvertrag, Riezler[2] für Kauf, und ebenso Emerich[3] dann, wenn der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist, als derjenige des gesamten Stoffes, mithin nach § 950 keine Spezifikation stattfinde.

Ehe wir nunmehr versuchen, die in unserem Thema gestellte Frage zu beantworten, erübrigt noch, in Kürze

1) a. a. O. S. 390.
2) a. a. O. S. 65.
3) a a. O. S. 11 fg.

festzustellen, was unter „Tragung der Gefahr" zu verstehen ist

Die Römer gebrauchen für den Begriff „Gefahr" den Ausdruck „periculum" und verstehen darunter im allgemeinen einen „zu befürchtenden Nachteil."[1] Wenn auch damit zuweilen das „periculum culpae" gemeint ist,[2] so wird doch in den meisten Fällen, und nach herrschender Meinung in den für den Werkvertrag in Betracht kommenden Stellen periculum gerade im Gegensatz zum Verschulden gebraucht.[3] Für unsere Frage ist jedenfalls das „periculum culpae" belanglos, da sowohl nach römischem Recht, wie nach dem BGB. der Werkmeister ohnehin für jedes Verschulden haftet.[4]

Was ist das aber für ein Umstand, ein Ereignis, die ohne Verschulden eintreten? Sie sind Zufall. Sehen wir hier ab von der Bedeutung, die dem Zufall in dem täglichen Leben und auch in anderen Wissenschaften zukommt und beschäftigen uns nur mit dem Begriffe in seiner rechtlichen Bedeutung. Es sind natürlich rechtlich unzählige vom Willen eines Menschen unabhängige und aus diesem Grunde zufällig genannte Tatsachen von Wichtigkeit,[5] will doch Baron[6] sogar daran allein den

1) Mommsen I S. 238.

2) Mommsen a. a. O., woselbst sich Quellenstellen dieses Sinnes aufgeführt finden.

3) s. z. B. Baron a. a. O. § 269 Note 13; Dernburg Pandekten § 113; Dankwardt a. a. O. S. 35; Goldschmidt Bd. 16 S. 362; Mommsen I S. 373; Puntschart a. a. O. S. 435 fg.: Windscheid Pandekten § 401, kritische Schrift S. 139.

4) Windscheid, Pandekten § 401; Örtmann I S. 31; BGB. § 276.

5) Zitelmann a. a. O. S. 170.

6) a. a. O. § 238.

Zufall erkennen, daß er ohne irgend einen Willen eintritt; aber vor allem begegnet er uns im Rechte im Gegensatz zur Verschuldung. „So wenn das Prinzip aufgestellt wird, daß man nur für schuldhafte, nicht auch für zufällige Verletzung fremder Rechte und Interessen aufzukommen habe, oder wenn gesagt wird, daß der Schuldner durch eine zufällige, d. h unverschuldet eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung von seiner Verpflichtung befreit werde (das Hauptanwendungsgebiet des Sprichworts: casus a nullo praestantur)." [1] Denn „mit der culpa levis schließt der Begriff der omnis culpa ab, und jenseits derselben beginnt das Gebiet des Zufalls." [2]

So ist auch nach dem BGB. dieser Gesichtspunkt maßgebend. Dieses bestimmt in § 275, daß der Schuldner frei werde, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird, und in § 276, daß der Schuldner, sofern nicht ein anderes bestimmt sei, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe.

Ereignet sich nun ein Zufall, so erhebt sich die weitere Frage, wer hat den dadurch etwa herbeigeführten Schaden zu tragen, mit anderen Worten:. wer trägt die Gefahr?

Ist eine Sache nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses, kommen nur sachenrechtliche Beziehungen in Betracht, so trägt den zufälligen Schaden der dinglich Berechtigte. Denn spült das Meer Länderstrecken fort, äschert der Blitz ein Haus ein, so fällt der entstandene

1) Rümelin, a. a. O. S. 35.
2) Sintenis a. a. O. § 101.

Nachteil dem Eigentümer zur Last, und ebenso gehen sonstige dingliche Rechte, die anderen daran zustanden, unter.[1]

Steht jedoch eine bestimmte Sache in einem Schuldverhältnisse, ist sie Gegenstand einer Leistungspflicht, und wird sie durch einen Zufall vernichtet oder verschlechtert, so wird hierdurch auch das Schuldverhältnis beeinflußt, und zwar unter dem Gesichtspunkte der Unmöglichkeit Dann gilt sowohl für das römische Recht wie für das BGB. der Grundsatz, daß der Schuldner frei wird, soweit die Leistung infolge eines nachträglich eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.[2]

Zwar ist bei verschiedenen Schuldverhältnissen der Kreis der zu vertretenden Umstände verschieden groß; so wenn von dem Verwahrer, der die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen hat, nur die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, verlangt wird (§ 690); oder wenn der Schenker gar nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet (§ 521); wenn andererseis auch der Zufall den Geschäftsführer nicht befreit, der die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn übernimmt (§ 678).

Doch sind solche Fälle nur Ausnahmen des oben aufgestellten Grundsatzes, und der Zufallsbegriff, der an dem Verschulden, wie gezeigt, seine Grenze findet, verschiebt sich ihnen gegenüber nicht.

---

1) Über die auf Grund dieser Beobachtung aufgestellte Regel: „casum sentit dominus", die für alle Verhältnisse passen sollte, und deren Unrichtigkeit in dieser Allgemeinheit s. Wächter a. a. O. Bd. 15 S. 116 ff. und Mommsen I S. 284 ff.

2) Windscheid Pandekten § 264,2; BGB. § 275.

Die Befreiung des Schuldners tritt aber nun ein, wenn und soweit die Leistung durch einen so bezeichneten Umstand unmöglich wird. Darum ist auch noch zu berücksichtigen, daß bei Wahlschulden sich das Schuldverhältnis bei Unmöglichkeit einer der Leistungen, auf die übrigen Leistungen beschränkt (§ 265), und daß bei Gattungsschulden erst der vollständige Untergang der Gattung die Unmöglichkeit herbeiführt (§ 279).

Wird hiernach der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, so erhebt sich bei gegenseitigen Verträgen außerdem noch die Frage, wie steht es mit der Gegenleistung? Muß nun der anderere Teil, trotzdem er nichts bekommt, doch leisten, oder wird auch er frei?

Im allgemeinen läßt sich diese Frage, die man, als die wichtigste, geradezu technisch mit dem Ausdruck „Gefahrtragung" bezeichnet,[1] dahin beantworten, daß, wer seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt, auch die Gegenleistung nicht verlangen kann.[2]

Für den Werkvertrag ist diese Frage nach der Gefahrtragung im römischen Recht unter den Autoren bestritten. Sie läßt sich nach dem oben Gesagten folgendermaßen zusammen fassen:

1. Wer trägt den Schaden der zufällig untergegangenen oder verschlechterten Sache, die den Gegenstand des Vertrages bildet?
2. Welchen Einfluß übt der zufällige Untergang oder die zufällige Verschlechterung der Sache auf den Lohnanspruch des Unternehmers aus?

---

1) s. z. B. Puntschart a. a. O. S. 436.
2) Windscheid, Pandekten § 321,3; BGB. § 323.

3. Muß der Unternehmer das zufällig untergegangene oder verschlechterte Werk wiederherstellen?

Hinsichtlich der ersten der aufgestellten Fragen „wer trägt den Schaden der zufällig untergegangenen oder verschlechterten Sache?" ist nur zu erwähnen, daß nach römischem Recht wie nach dem BGB. dem Besteller dieser Schaden zur Last fällt. Diese Bestimmung ist in das Gesetz in dem § 644 S. 3 ausdrücklich aufgenommen worden. „Wenn auch, erklären die Motive,[1] diese Vorschrift an und für sich selbstverständlich sei, so werde ihre Aufnahme wegen des vorhergehenden Grundsatzes („der Unternehmer trägt die Gefahr") zur Vermeidung eines nicht fernliegenden Mißverständnisses Bedürfnis."

Ist der Unternehmer durch einen häufig, aber nicht stets, neben dem Werkvertrag bestehenden Realvertrag — geschaffen durch Übergabe der Sache, an der die Leistung erfolgen soll — zur Rückgabe der Sache gebunden, so wird er auch von der Verpflichtung zur Rückgabe, soweit die Unmöglichkeit geht, befreit.[2]

Ehe wir die zweite Frage: „welchen Einfluß übt der zufällige Untergang oder die Verschlechterung der Sache auf den Lohnanspruch des Unternehmers aus?" in ihrer Verschiedenheit nach römischem Recht, und nach dem BGB. darzustellen versuchen, ist, da über den Standpunkt des römischen Rechts in der Doktrin keine Einigung erzielt worden ist, ein kurzer Überblick über die für diesen Punkt aufgestellten Ansichten zu geben, um sodann an der Hand der Quellen eine Entscheidung zu treffen.

1) S. 498.
2) § 275.

Die Meinungen, die in der Literatur vertreten sind, lassen sich in drei Gruppen sondern.[1]

Die erste Meinung geht von dem Grundsatze aus, daß der Besteller; die zweite, daß der Unternehmer die Gefahr trage. Die dritte Ansicht endlich steht zwischen diesen beiden, sie nimmt eine „Teilung“[2] der Gefahr zwischen Besteller und Unternehmer an.

Das Prinzip, daß der Besteller die Gefahr trage, hat schon früh seine Anhänger gefunden; bekennt sich doch bereits die Glosse[3] hierzu.

Den gleichen Standpunkt vertreten späterhin Buchholtz[4], Gesterding,[5] Göschen,[6] Mackeldey,[7] Mühlenbruch,[8] Keller,[9] Hartmann[10] und Wächter.[11] Von einigen dieser Autoren wird der erwähnte Grundsatz klar ausgesprochen, so von Buchholtz, Gesterding, Göschen, Mackeldey, Wächter; bei anderen ist diese Auffassung daraus zu folgern, daß sie dem conductor den Anspruch auf die volle „merces“ zubilligen, so Keller und Hartmann.

Doch schränken einige Autoren diesen Grundsatz ein; am wenigsten, wie uns scheint, Hartmann, wenn er

1) Ebenso Ehrenberg a. a. O. S. 269; Örtmann 1 S. 3 ff.
2) Örtmann 1 S. 9.
3) Glossa ad l. 33 D 19,2.
4) a. a. O. S. 16.
5) a. a. O. S. 105.
6) a. a. O. §§ 514, 515.
7) a. a. O. § 591.
8) a. a. O. § 414.
9) a. a. O. § 340.
10) In Iherings Jahrbüchern Bd. 23 S. 428 ff.
11) Pandekten § 209: „Wenn der Besteller seine Materialien zur Verfertigung des Werkes so giebt, daß es gerade aus ihnen gemacht werden soll, so kommen ganz die Mietgrundsätze (ebenda unter I „in der Regel trägt der Mieter die Gefahr) in Anwendung.“

sagt: „War denn nicht der Unternehmer durch den Kontrakt verpflichtet, für den Zweck des unternommenen Werkes seine Zeit frei und verfügbar zu halten? War er nicht gebunden, anderweitige Unternehmungen von sich abzuweisen, insofern sie nicht mit seiner disponiblen Arbeitskraft gleichzeitig durchgeführt werden konnten?

Vereinbar mit der guten Treue wäre die Versagung eines Klagerechts (auf den Lohn) nur, wenn sich von Seiten des Bauherrn erweisen lasse, daß der Unternehmer noch anderweitige volle Verwendung für seine betreffende Arbeitskraft gefunden habe (l. 9 § 9 D. 19,2)."

Weiter entfernt sich Gesterding von dem Prinzip, da er verlangt, „daß das Werk so gearbeitet war, daß der locator bei der Revision, wäre sie schon geschehen, es hätte billigen müssen." [1]

Seines ganzen Lohnes aber lassen Gesterding und Mackeldey [2] den Werkmeister verlustig gehen: „wenn der Schaden zunächst in einem Versehen bei Verfertigung des Werkes, oder in einem Fehler des Stoffes (in vitio operis) seinen Grund hat."

Die zweite Gruppe, die grundsätzlich den Unternehmer die Gefahr tragen läßt, scheidet sich wieder in zwei Richtungen. [3]

Von diesen läßt die erste, dem Unternehmer ungünstigste Ansicht, die Gefahr erst mit der Approbation von dem

1) a. a. O. S. 106.

2) a. a. O. § 591.

3) Die Motive S. 497 behandeln diese beiden Richtungen als zwei selbständige Theorien und stellen ihnen als dritte die gegenüber, daß der Unternehmer für das vor seiner Vollendung untergegangene, jedoch in vertragsmäßiger Beschaffenheit hergestellte Werk verhältnismäßige Vergütung in Anspruch nehmen könne.

Werkmeister auf den Besteller übergehen. Vertreter dieser Meinung sind Brandis,[1] Dankwardt,[2] Dernburg,[3] Goldschmidt,[4] Hachmeister,[5] Heise-Cropp,[6] Homann,[7] Kentenich,[8] Paszotta,[9] Probst,[10] Puchta,[11] Puntschart,[12] Ury,[13] Wiskott,[14] v. Wyß.[15] Auch Thibaut wird man hierin zählen müssen, der freilich in eigenartiger Weise zu diesem Resultat gelangt. Davon ausgehend, daß der Mieter bei der l. c. operis nach bekanntem Sprachgebrauch der conductor, den Zufall nicht zu tragen braucht, macht er hiervon die Ausnahmen, „wenn nach gesetzlicher Vorschrift Eigentum einer Sache übergehe; dies sei der Fall, wenn jemand sich die Bearbeitung fungibler Sachen bedinge (nach der l. 36 D. 19,2); oder wenn der Mieter eines Werkes sich dessen Verfertigung auf Billigung bedungen habe, bis dahin, daß diese erfolgt sei."[16]

Die zweite Auffassung sieht auch bereits in dem Augenblicke der Vollendung den maßgebenden Zeitpunkt

1) a. a. O. S. 20.
2) a. a. O. S. 337 f.; S. 531 ff.
3) Pandekten § 113
4) a. a. O. Bd. 26 S. 362.
5) a. a. O. S. 31.
6) a. a. O.
7) a. a. O. S. 33 fg.
8) a. a. O. S. 14 fg.
9) a. a. O. S. 46 fg.
10) a. a O. S. 22 ff.
11) a. a. O. §§ 366. 367.
12) a. a. O. S. 441, 442.
13) a. a. O. S. 31.
14) a. a. O. S. 42.
15) a. a. O. S. 97, 98.
16) Thibaut a. a. O. § 515.

des Gefahrübergangs von dem Unternehmer auf den Besteller.

Zu dieser Meinung bekennen sich Brinz,[1] Burchardi,[2] Ehrenberg,[3] Mommsen,[4] Schmauser,[5] Schmoll.[6]

Doch, wie schon der Grundsatz der ersten Gruppe nicht folgerichtig durchgeführt wird, so wird auch umgekehrt auch das zweite, eben geschilderte Prinzip von weittragenden Ausnahmen durchbrochen; denn, so wird der Grund hierfür angegeben, „striktes Festhalten an diesen Grundsätzen wäre hart.“[7]

Diese Ausnahmen, die dem Unternehmer nicht nachteilig sein sollen, werden vor allem gemacht, wenn „vis maior“ oder „qualifizierter Unfall“[8] die Vernichtung oder Verschlechterung des Werkes herbeigeführt haben, so z. B. von Dankwardt, Dernburg, Homann, Kentenich, Paszotta und anderen; oder wenn der Untergang sich zur Zeit des Annahmeverzugs ereignet, z. B. von Ury, oder infolge des gelieferten Materials oder auch infolge einer Anweisung des Bestellers eintritt, so von Burchardi, Dernburg, Ehrenberg, Hachmeister, Mommsen Puntschart.

1) a. a. O. § 333.
2) a. a. O. S. 132 ff.
3) a. a. O. S. 270.
4) Beiträge 1 S. 370 ff.
5) a. a. O. S. 31.
6) a. a. O. S. 35 ff.
7) Dernburg, Pandekten § 113.
8) Puntschart a. a. O. S. 435.

Und endlich folgt es nach Dernburg[1] aus der Natur der Sache, daß gleiches gelten müsse, wenn der zufällige Schaden Folge eines in der Person des Bestellers liegenden Umstandes sei, oder die Sache zu einer Zeit treffe, wo sie in der Gewahrsam des Bestellers sei.

In der Regel hat also hiernach der Unternehmer bei zufälligem Untergang des Werkes keinen Lohn zu beanspruchen, in den erwähnten Ausnahmefällen jedoch soll ihm nach den meisten, z. B. nach Dankwardt,[2] Dernburg,[3] Ehrenberg,[4] Puntschart,[5] Schmoll,[6] ein der geleisteten Arbeit entsprechender Teil der Vergütung zukommen, während ihm Ury[7] die volle Gegenleistung zubilligt, soweit er dadurch nicht zu Unrecht bereichert werde.

Die dritte Gruppe endlich nimmt, wie oben erwähnt, eine grundsätzliche Teilung der Gefahr zwischen dem Besteller und dem Werkmeister vor.

Die Anhänger dieser Ansicht tun dies zum Teil, indem sie für den Fall des zufälligen Untergangs des Werkes dem Unternehmer einen seiner geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung zuerkennen, wie es für Ausnahmefälle auch schon die Vertreter der zweiten Gruppe zugestehen; zum Teil aber, indem sie nach

---

1) Pandekten § 113, Note 23.
2) a. a. O. S. 353, 354.
3) Pandekten § 113.
4) a. a. O. S. 271.
5) a. a. O. S. 452.
6) a. a. O. S. 56.
7) a. a. O. S. 39.

räumlichen oder sachlichen Merkmalen unterscheiden wenn und was der zufällige Schaden getroffen hat.[1]

Zu den ersteren gehören Arndts, Baron, Löwy, Schmahl, Unterholzner und Windscheid.[2] Doch fordern sie übereinstimmend, daß das Werk so gearbeitet war, daß es hätte gebilligt werden müssen.

Zu denen, die nach räumlichen oder sachlichen Momenten unterscheiden und hiernach die Gefahr verteilen wollen, sind zu zählen Bolze,[3] Endemann,[4] Gerth,[5] Glück,[6] Sintenis,[7] v. Vangerow,[8] v. Wening-Ingenheim[9]

So scheidet Bolze die Zufälle in solche, welche die Person des locator oder dessen zu bearbeitende Sache, und ferner in solche, welche die Person oder das Werkzeug des Unternehmers treffen; jene entbänden den

1) S. Örtmann I S 99: „Diese Gefahrteilung kann in zweierlei Weise vollzogen werden; quantitativ: indem man dem Werkmeister bei Unmöglichwerden bezw. Vernichtung des opus nur einen der schon aufgewendeten Arbeit entsprechenden Teil des Lohnes zubilligt; qualitativ: indem man die verschiedenen hemmenden Zufälle in Klassen zerlegt und dem Werkmeister für die der einen, dem Besteller für die der anderen Klassen die Gefahr aufbürdet."

2) Arndt a. a. O. § 315; Baron a. a. O. §§ 269, 297; Löwy a. a. O. S. 99; Schmahl a. a. O. S. 14; Unterholzner §§ 508, 509; Windscheid Pandekten § 401; kritische Zeitschrift S. 139, 140.

3) a. a. O. S. 86 ff.

4) a. a. O. S. 581.

5) a. a. O. S. 61 ff.

6) a. a. O. § 1055.

7) a. a. O. § 118.

8) a. a. O. § 591, VII.

9) a. a. O. § 315.

Unternehmer von seiner Verbindlichkeit, nehmen ihm aber den Anspruch auf die Gegenleistung nicht, die letzteren befreiten beide Parteien von ihren Verpflichtungen.

Glück trifft seine Entscheidung danach, ob die Schuld des Schadens an der Arbeit, dann müsse der Werkmeister für den Schaden stehen, oder ob die Schuld an der Sache liege, dann treffe der Schaden den Besteller; wenn jedoch die Schuld an keinem von beiden liege, so komme es wieder darauf an, ob das Werk bereits soweit fertig gewesen, daß es von dem Besteller hätte als untadelhaft abgenommen werden müssen, dann treffe der Schaden den Besteller, im anderen Falle den Unternehmer.

Glück scheint, wenn er von einer „Schuld, die an der Sache liege," spricht, nur von den Ursachenzusammenhang zwischen der Beschaffenheit der Sache und dem eingetretenen Schaden zu denken; hätte er eine Schuld des Bestellers gemeint, so müßte man ihm entgegenhalten, daß sehr wohl eine mangelhafte Beschaffenheit der Sache dem Besteller sowie dem Unternehmer ohne irgend eine Schuld unbekannt sein kann, wie denn auch in der l. 27 § 29 D. 9,2: „Si calicem diatretum faciendum dedisti, siquidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus" ein solches Beispiel erwähnt ist.

Und ähnlich läßt Sintenis den Nachteil von dem Verdingenden getragen werden, wenn ein Zufall den Gegenstand, woran die Arbeit ausgeführt werden sollte, oder diese selbst treffe. Er habe dann

auch noch den Lohn zu zahlen. Dagegen werde dem Unternehmer für den an seinen Sachen und Werkzeugen entstehenden zufälligen Schaden ebensowenig Ersatz zu Teil, als er den Lohn fordern könne, wenn er durch Unfälle, die ihn betroffen, oder durch zufälligen Verlust seiner erforderlichen Mittel zur Ausführung der Arbeit an dieser gehindert worden sei.

Endlich wird man auch die Vertreter der neuesten, der „Sphärentheorie" hierhin zu rechnen haben, da auch sie nach dem räumlichen Merkmal unterscheiden wollen, in wessen Sphäre der Zufall sich ereignete.

Vorgänger von Örtmann, der diese ausführlich darstellt,[1] sind Jakubezky[2] und Strohal.[3]

Neuestens schließt sich Örtmann noch Riezler[4] an.

Diese Lehre ist von Örtmann[5] folgendermaßen formuliert: „die Frage, ob der locator (im Falle der zufälligen Unmöglichkeit) von seiner Pflicht den Lohn zu zahlen, frei werde, ist dahin zu entscheiden: es kommt darauf an, in wessen Bereich, wessen Sphäre der Zufall eintrat oder doch seinen Grund hatte. Traf er allein oder doch primär die Leistung des Werkmeisters, so hat dieser nichts mehr zu fordern: machte er nur, oder doch zunächst nur die Annahme unmöglich, so muß der locator dessenungeachtet dennoch die merces zahlen."

Dies ist der Stand der Litteratur. Wir sehen, daß die von dem Standpunkte des Gesetzgebers aus mög-

1) Örtmann in Grünhuts Zeitschrift S. 1—70.

2) Jakubezky von Strohal und Örtmann angeführt, seine Meinung enthalten in Bemerkungen zum Entwurf 1892 S. 139.

3) Strohal a. a. O. S. 385, 386.

4) a. a. O. S. 143.

5) a. a. O. S. 48.

lichen Lösungen dieser Frage ihre Vertreter gefunden haben. Dies ist nun so auffälliger, als alle diese Meinungen sich auf ein und dasselbe Gesetz stützen und in ihm ihre Begründung finden sollen.

Da ist denn, wie auch unser Thema fordert, geboten, auf die Quellen zurückzugehen, und in diesem die Entscheidung zu suchen.

Die in Betracht kommenden, von den Schriftstellern angezogenen Quellenstellen sind folgende:

l. 10 pr. D. de lege Rhodia 14,2:

Labeo libro primo pithanon a Paulo epitomatorum Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi [aut pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.

l. 15 § 6 D. locati conducti 19,2:

Ulpianus libro trigesimo secundo ad ed ictum: Item cum quidam nave ammissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.[1]

1) Örtmann I S. 22 ff. unterzieht diese in ihrer Konstruktion schwierige Stelle einer eingehenden kritischen Würdigung und deutet sie u. E richtig dahin: „Kann der redemptor (Schiffer) den übernommenen Effekt wegen eines Mangels in den dazu nötigen Materialien nicht ausführen, so muß er das etwa schon erhaltene Äquivalent zurückerstatten, kann also, wie ohne weiteres gefolgert

l. 33 h. t.:

Africanus libro octavo quaestionum: Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

l. 36 h. t.

Florentinus libro septimo institutionum: Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit:

werden darf, das noch nicht Erhaltene auch ebenmäßig nicht einfordern. Denn er hat auch seinerseits seine Gegenleistung nicht erfüllt = mnnere vehendi functus non est."

et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

l 37 ibidem:

Javolenus libro octavo ex Cassio: Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet

l. 59 eodem:

Javolenus libro quinto Labeonis posteriorum: Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturáli, veluti terrae motu hic acciderit, Flacci esse periculum.

l. 61 § 1 h. t.

Scaevola libro septimo digestorum: Navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret olei metretis tribus milibus impositis et frumenti modiis octo milibus certa mercede: sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur et onus impositum commisso tolleretur. quaesitum est, an vecturas quas convenit a conductore secundum locationem exigere navis possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse.

l. 62 h. t.

Labeo libro primo pithanorum: Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est.

Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum,si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

Es sei zugegeben, daß sich die Meinung, daß der Besteller die Gefahr trage, auf die ll. 33 et 59 cit. wohl stützen läßt, da in beiden Fällen der durch den Einsturz des Bodens, in der l. 59 ht. auch hinsichtlich des teilweise aufgeführten Gebäudes, herbeigeführte Schaden dem Besteller zum Nachteil gereichen soll. Auch die ll. 15 et. 37 cit. können zur Bestätigung dieser Ansicht angeführt werden, da in dem Falle der l. 15 der Schiffer bei Verlust des Schiffes von seiner Verpflichtung frei wird, aber wie billig, den bereits empfangenen Lohn, weil er das übernommene Werk nicht beginnen und ausführen kann, zurückerstatten muß; und da die l. 37 ht., wenn anders das Werk billigenswert ist, den durch eine „vis aliqua" herbeigeführten Schaden von dem locator getragen werden läßt.

Doch vergeblich ist das Bemühen, diese Meinung mit der l. 36 cit. in Einklang zu bringen. Da diese Stelle am Anfang von „periculum conductoris est" spricht und am Ende im Falle der „vis maior" von „locatoris periculo est", so steht zunächst fest, daß sowohl der Redemptor wie der locator das periculum zu tragen haben.

Dies bedeutet für die Anhänger dieses Prinzips einen Widerspruch, und sie sind gezwungen, diesen aufzulösen. Sie tun dies, der Glosse folgend, indem sie behaupten, Florentin denke im ersten Falle an das periculum culpae, im zweiten Falle nur an das periculum casus.[1]

1) Z. B. Buchholtz a. a. O. S. 6; Göschen a. a. O. § 514; Gesterding a. a. O. S. 106; Mühlenbruch a. a. O. § 414 Note 10.

Daß der Ausdruck periculum zwar beides bedeuten kann, ist schon oben erwähnt.

Aber erstens haftet, wie schon hervorgehoben, der conductor ohnehin für jegliches Verschulden, so daß es auffällig wäre, wenn der Jurist diesen bekannten Satz einem periculum casus des Lokators hätte gegenüber stellen wollen. Ferner aber ist in allen unsere Frage betreffenden Stellen nur von einem periculum casus die Rede (bestritten ist noch l. 62 ht., wovon gleich zu handeln ist), so daß, hätte hier eine Ausnahme stattfinden sollen, dies sicherlich mit unzweifelhaften Worten gesagt worden wäre; und das wäre doch auch eine besondere Nachlässigkeit des Ausdrucks; wenn dasselbe Wort, ohne hinweisenden Zusatz, in der kurzen Stelle zweimal, aber in entgegengesetztem Sinne gebraucht worden wäre.

Und ebenso spricht gegen diese Meinung noch die l. 62 cit. Paulus stellt hier das „vitium soli" dem „vitium operis" gegenüber. Offenbar aber ist in dieser Stelle nicht so sehr das Gewicht auf das Wort „vitium" zu legen, sondern auf v. soli und v. operis, zumal auch ein vitium nicht auf ein Verschulden zurückgeführt werden muß,[1] wie auch schon an dem in der l. 27. § 29 D. 9,2 angeführten Beispiel von dem Becher gezeigt worden ist.

Der zweite Grundsatz, daß der Unternehmer die Gefahr trage, wird hauptsächlich aus den l. l. 36 und 62 ht. begründet, in denen allerdings das behauptete Prinzip an die Spitze gestellt ist. Aber dieser Satz der

1) Vgl. Bolze a. a. O. S. 90; Windscheid kritische Zeitschrift S. 139, Note 25.

l. 36 cit. wird unmittelbar darauf durch so weitgehende Ausnahmen durchbrochen, daß man zweifeln kann, ob der Grundsatz überhaupt noch aufrecht erhalten ist; denn, wollte man auch die Ausnahmen des Annahmeverzugs und der vis maior, als billig, noch vereinbar mit dem Hauptsatze halten, so geht doch der Schluß dieser Stelle in seiner Tragweite bedeutend über jene Fälle hinaus: „non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset."

Und ferner ist zu beachten, daß in der l. 62 cit. die Meinung des Labeo von Paulus in erheblicher Weise berichtigt (arg. immo) wird, indem er den Schaden, der durch ein „vitium soli" verursacht ist, dem Besteller, den Nachteil jedoch, der durch ein „vitium operis" entstanden ist, dem Unternehmer zur Last legt. Setzt nun vitium ein Verschulden voraus? Wie schon mehrfach betont, nein! Muß man darunter eine „vis maior" verstehen? Ebenfalls nein; denn dann gehörte dahin auch der Fall, wenn eiserne Träger wegen innerer, niemandem erkennbarer Fehler ein Gebäude nicht zu tragen vermögen. Also auch einfacher Zufall bewirkt eine Ausnahme vom Prinzipe!

Man hat nun auch aus der Einheitlichkeit des Werkes diesen Grundsatz zu folgern versucht, und ist dann, da mit der Vollendung des Werkes die Einheitlichkeit desselben erreicht ist, dazu gekommen, schon die Vollendung des Werkes als maßgebenden Zeitpunkt des Gefahrüberganges zu betrachten. So vor allem Mommsen.[1] Hiergegen wendet sich Windscheid,[2] indem er die Auf-

1) Beiträge I S. 370 ff.
2) Kritische Zeitschrift S. 139 ff.

fassung der unbedingten Einheitlichkeit der Leistung, welche den Gegenstand der l. c. operis bildet, als unrichtig rügt. Dieselbe habe insofern einen einheitlichen Charakter, als der Gläubiger sich nicht teilweise Erfüllung gefallen zu lassen brauche; aber deswegen sei ihr Inhalt nicht weniger Arbeit, dieselbe sei nur nicht unmittelbar, sondern durch Angabe des durch sie zu erzielenden Resultates bezeichnet, und daher entspreche jedem Teil der Leistung ein entsprechender Teil der Gegenleistung. Man müsse das sonst auch für diese in dem Falle leugnen, wo der Lohn z. B. auf soviel für ein Jahr bestimmt sei. Und diese Ansicht findet sich in den Quellen bestätigt, denn die l. 22 § 2 D. 19,2 sagt ausdrücklich: „locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem."

Den Worten Windscheids gegenüber kann Mommsen[1] seine Meinung nur damit aufrecht erhalten, daß er sagt, die Leistung habe in diesem Falle durch die Übereinkunft der Parteien den einheitlichen Charakter völlig verloren, wie es denn überhaupt den Parteien freistehe, der Leistung eines opus den Charakter der Unteilbarkeit zu nehmen.

Aber noch andere Gründe sprechen gegen diese Meinung. Einmal ist in den Quellen von der Fertigstellung des Werkes als Zeitpunkt für den Gefahrübergang nirgends die Rede; im Gegenteil, es entscheidet Labeo in der l. 62 ht., daß die Probation maßgebend sei. Auch dürfte es unrichtig sein, wenn Mommsen den Stellen, nämlich den l. l. 33, 59, D. 19,2, die mit seiner Lehre im Widerspruch stehen, keine Beachtung schenken will.

1) Beiträge III S. 423 ff., 425 Anm.

Er sagt hierüber:[1] Auf die erste der angeführten Stellen, die l. 33 ht., könne man, wie er glaube, kein Gewicht legen. Die Äußerung, um die es sich hier handele, komme nur ganz beiläufig vor; zudem passe sie so wenig in den Zusammenhang, daß man nicht umhin könne, anzunehmen, daß bei der Aufnahme dieser Stelle in den Pandekten sehr erhebliche und noch dazu unverständige Änderungen mit derselben vorgenommen sein. Weit bedeutender sei jedoch die l. 59 ib. Er habe diese Stelle auf einen Fall bezogen, wo eine teilweise Ablieferung bedungen war. Halte man diese Supposition nicht für gerechtfertigt, so müsse man annehmen, daß Mussurius Sabinus, dessen Ansicht Javolenus in der l. 59 cit. referiere, in diesem, wie in manchen anderen Punkten, anderer Ansicht als Labeo gewesen sei.

Somit ist durch die versuchte Widerlegung der beiden ersten Theorien unser Standpunkt bereits dahin angedeutet, daß wir uns der dritten, der Mittelmeinung anschließen. Findet diese Auffassung der grundsätzlichen Gefahrteilung in den Quellen ihre Bestätigung?

Ohne weiteres beweisen für die Ansicht die ll 33, 37, 59 ht.: Der Besteller muß den Lohn zahlen trotz eintretender Unmöglichkeit des Werks wegen Einsturz des Bodens (l. 33); der Besteller trägt den Schaden wenn das Werk durch „vis aliqua" vernichtet wird, wenn das Werk von ihm hätte gebilligt werden müssen (l. 37); der Besteller trägt die Gefahr, wenn das teilweise ausgeführte Werk durch „vis naturalis" zu Grunde geht (l. 59). Daraus leiten wir den allgemeinen Satz her: „ist das Werk, auch das teilweise, wenn es durch eine

1) Beiträge III S. 427.

„vis“ vernichtet wird, billigenswert, so muß der locator dennoch, wenn zunächst sein Material betroffen wird, den Lohn zahlen.“ Muß diese „vis“ eine technische „vis maior“ sein? Wir glauben nicht; denn die l. 62 cit. spricht von einem Schaden, der durch ein „vitium“ herbeigeführt ist; daß hierunter nicht nur vis maior zu verstehen ist, ist bereits an dem oben gebrauchten Beispiel von den eisernen Trägern gezeigt worden.

Und auf der anderen Seite den Unternehmer trifft der Schaden, wenn das Werk durch ein „vitium operis“ untergeht (l. 62 ht.); der Schiffer muß den bereits empfangenen Lohn zurückgeben, wenn er wegen Verlust des Schiffes den versprochenen Erfolg nicht herbeiführen kann (l. 15 ht.)

Allgemeiner Satz: „Trifft ein Zufall die Leistung des Unternehmers, so hat er den Schaden zu tragen.“[1]

Für diese Auslegung spricht ebenfalls die l. 62 ht.; denn Labeo wird in seiner Meinung von Paulus gerade in unserem Sinne berichtigt.

Es könnte nun noch besonders die l. 36 cit, in der der Satz „conductoris periculum est“ den Ausgangspunkt bildet, gegen diese Meinung angeführt werden. Aber hier ist besonders Gewicht darauf zu legen, daß eben dieser Satz unmittelbar darauf zeitlich und inhaltlich erheblich eingeschränkt wird: kommt der Besteller in Annahmeverzug, so geht mit diesem Zeitpunkt die Gefahr auf ihn über; geht das Werk vor der Approbation durch „vis maior“ unter, so trifft der

1) Vgl. Örtmann I S. 48.

Schaden ebenfalls den Besteller; denn nicht mehr solle dem Besteller geleistet werden, als was er durch eigene sorgfältige Arbeit erlangen würde. Freilich wird hier nur für „vis maior" eine Ausnahme gemacht, stellen wir diesem Fragement jedoch die erwähnten Stellen (ll. 33, 37, 59, 62 ht.) gegenüber, wo von Einsturz des Bodens schlechthin, von vis aliqua, von vis naturalis, von vitium soli gesprochen wird, so folgt, daß der Besteller, wenn er nach dem oben abgeleiteten Satze die Gefahr zu tragen hat, auch den Zufall schlechthin tragen muß.

Somit steht auch diese Stelle mit unserer Auffassung sehr wohl im Einklange.

Es erübrigt noch festzustellen, wie sich der Lohnanspruch des Unternehmers unter dem Einflusse des Zufalls gestattet. Für die Entscheidung dieser Frage kommen nur die ll. 15; 62 cit., sowie die l. 10 pr. D. De lege Rhodia 14,2; l. 33 D. 19,2 inbetracht.

Wenn der Unternehmer die Gefahr trägt, so kann er nach der l. 15 cit., da er nicht leistet, auch nichts fordern; die l. 62 eod. trifft für den Fall, daß teilweise bereits ausgeführt war, keine Entscheidung. Ortmann[1] will in diesem Falle dem Unternehmer keinen Lohn zubilligen. Wir aber sind der Meinung, daß wir mangels weiteren Anhaltspunktes auf die l. 33 cit. uns beziehen können. Dazu berechtigt uns die nahe Verwandtschaft, in der die l. c. operis zu den anderen Mietverträgen im römischen Recht steht, denn einmal vermietet der „artifex operam suam, id est faciendi

1) a. a. O. I S. 48.

necessitatem“[2], und zum andern ist das ἀποτέλεσμα, der einheitliche Charakter der Leistung, von Windscheid, wie oben angeführt, dahin bestimmt worden, daß doch, auch wenn der Gläubiger sich nicht teilweise Erfüllung gefallen zu lassen brauche, deswegen ihr Inhalt nicht weniger Arbeit sei. Darum wird man wohl, da sich eine ausdrückliche Entscheidung für diesen Fall nicht findet, es bei den sonst gegebenen Regeln bewenden lassen müssen, wie sie auch für die Sach- und Dienstmiete gelten.

In diesem Falle gibt die l. 33 cit. einen teilweisen Lohnanspruch. Wenn dagegen eingewendet würde, daß dann doch der Unternehmer die Gefahr nicht mehr trage, da er entsprechenden Lohn erhalte, so ist zuzugeben, daß es konsequenter sein würde, wenn der Unternehmer nichts erhielte. Entscheidet das Gesetz nicht in diesem Sinne, so kann dies aus Billigkeitsrücksichten erklärt werden; eine Gefahrteilung liegt trotzdem vor, denn der Arbeiter erhält ja nur entsprechenden Lohn.

Für den Fall, daß der Unternehmer die Gefahr trägt, sind für die Höhe des Lohnanspruchs die l. 10 pr. D. 14,2 und ebenfalls die l. 33 cit. in Betracht zu ziehen.

„Der Schiffer, der eine Anzahl Sklaven zu transportieren übernommen, kann auch für den auf dem Schiffe gestorbenen Sklaven den Lohn fordern, wenn nicht eine andere Abrede getroffen ist.“ Aber liegt hier eine

2) l. 22 § 2 D. 19,2.

Unmöglichkeit des Werkes vor? Nein! Denn der Schiffer kann den versprochenen Transport demnach ausführen, wenn auch nicht an dem lebenden, jedoch an dem toten Sklaven; er hat doch keine Garantie für die lebende Ankunft übernommen.

Somit ist die Beantwortung dieser Frage in der l. 38 cit. zu suchen. „Trotz eintretender Unmöglichkeit haftet der Besteller."

Örtmann will daraus, daß dieser Satz mit „nihilominus" eingeleitet wird, folgern, daß der Besteller den ganzen Lohn entrichten muß. „Muß er weniger leisten, so wäre das nihilominus nicht nur irreführend, sondern geradezu falsch." Wir können hierin Örtmann nicht Recht geben.

Denn, lesen wir den vorhergehenden Satz: „si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes," so sehen wir, daß hier durch quamvis bis praestes eine Ausnahme von dem allgemeinen Satze getroffen wird, daß der Schuldner in der Regel bei schuldloser Unmöglichkeit frei wird. Diese Ausnahme wird durch mihilominus weitergeführt und auf die Werkverdingung übertragen. Ist dies die Bedeutung des Wortes mihilominus, so ist damit doch nur gesagt, daß der Besteller aus der Mietsklage haften soll. Einen Schluß darauf, in welcher Höhe, darf man daraus umsoweniger ziehen, als dieselbe Stelle weit unten von der Höhe handelt: „similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiter im restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus

1) a. a. O. S. 26.

non fuerim, nec ultra actione ex conduxto praestare cogeris."

Hier wird mit wünschenswerter Klarheit gesagt, daß der Vermieter für die Zeit des Gebrauchs seinen Lohn bekommt: also der aufgewendeten Arbeit entsprechender Lohn gebührt.

Es sei gestattet, in Kürze nochmals unsere Meinung zusammenzufassen. Das römische Recht unterscheidet zunächst nach äußerlichem Merkmal, ob der Zufall vorzugsweise die Person oder die Sachen des Bestellers oder die Leistung des Unternehmers trifft.

Doch teilt es die hiernach von dem einen oder anderen zu tragende Gefahr materiell zwischen beiden, um dadurch, da diese äußerliche Regelung in ihrer Konsequenz für den Besteller und Unternehmer Härten nach sich ziehen müßte, einen billigen Ausgleich der beiderseitigen Interessen herbeizuführen.

Darum ist die Auffassung, wie sie Baron und Windscheid[1] formuliert haben, auch die unsere: „War das Werk, als es durch Zufall zu Grunde ging, teilweise fertig, so bekommt der Arbeiter teilweisen Lohn, wenn das Werk billigenswert war."[2]

Diese Ansicht ist auch in der Rechtsprechung zur Anerkennung gelangt, wofür zum Beweise statt aller nur folgende Entscheidung angeführt sei.

„Nur für das unteilbare opus gilt nach gemeinem Recht der Grundsatz, daß ein Zufall, welcher die Vollendung ausschließt, den Anspruch auf Vergütung der

1) Baron, Pandekten § 269; Windscheid, Pandekten § 401.

2) Wie der Text außer den eben genannten auch Arndts a. a. O. § 319 u. Schmahl a. a. O. S. 14.

Teilleistungen entzieht, und selbst dieser Satz ist dem Willen der Parteien untergeordnet. Nicht jedes opus aber ist unteilbar, und für ein teilbares opus bleibt es bei der Regel der locatis conductio (rei wie operarum), daß teilweise Leistung, sofern sie für sich in Betracht kommen kann, mindestens teilweise zu vergüten ist."[1]

Auf einen grundsätzlich anderen Standpunkt wie nach unserer Auffassung das römische Recht, hat sich das BGB. gestellt. Es hat den Grundsatz der Gefahrteilung nicht angenommen und im wesentlichen die Entscheidung getroffen, wie sie von Dernburg, Goldschmidt, Puchta, Puntschart für das gemeine Recht vertreten worden ist.

Das BGB. bestimmt: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werks." (§ 644 Abs. 1). Es hat sich damit, wie die Motive[2] sagen, die Meinung zu eigen gemacht, „daß bei dem Werkvertrage die Vergütung nicht für die Arbeit als solche, sondern für die Herstellung eines Arbeitsproduktes versprochen werde, da Gegenstand des Werkvertrages das Werk oder das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit sei, und außerdem der Unternehmer vorleistungspflichtig sei."

Eine weitere Abweichung von den für das römische Recht geltenden Regeln[3] weist das BGB. in Verfolgung seines Prinzips hinsichtlich des Zeitpunktes des Gefahrübergangs auf.

1) Seufferts Archiv Bd. 29 Nr. 205, Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichtes vom 28. Nov. 1871.

2) Motive S. 498, 471.

3) Wir meinen damit die von uns verteidigte Ansicht.

Kann man im römischen Recht davon schon in dem Augenblicke sprechen, wenn das Werk, auch das teilweise, billigenswert ist, so geht nach dem BGB. die Gefahr auf den Besteller erst mit der Abnahme des Werkes oder den ihr rechtlich gleichgestellten Fällen über.

Diese gleichgestellten Fälle sind in „zeitlicher und sachlicher“ [1] Hinsicht von Wichtigkeit; in zeitlicher Hinsicht, indem bei solchen Werken, deren Beschaffenheit die Abnahme ausschließt, z. B. bei immateriellen Werken, an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes als maßgebender Zeitpunkt für den Gefahrübergang tritt (§ 646); ferner tritt die gleiche Wirkung ein mit dem Augenblicke, in welchem der Besteller in Annahmeverzug kommt; und ebenso mit dem Momente, in welchem der Unternehmer bei Verschiedenheit des Erfüllungsortes vom Bestimmungsorte die Sache der zur Ausführung der Versendung bestimmten Personen oder Anstalt ausgeliefert hat; doch muß er einer etwaigen Anweisung des Bestellers über die Art der Versendung Folge leisten, andernfalls er ihm für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich ist. [2]

Gegen diese Übertragung dieser für den Kauf geltenden Vorschriften auf den reinen Werkvertrag verhalten sich noch die Motive [3] ablehnend, da die „Ausdehnung zu einer Erschütterung des Prinzips führe, daß der Übernehmer die Gefahr nicht blos bis zur Vollendung, sondern bis zur Abnahme des Werkes trage;“ indessen wurde die Einführung jener Bestimmungen von

1) Örtmann II S. 367; Staudinger a. a. O. S. 461.
2) BGB. § 644 Abs. 2, 447.
3) S. 499.

der Kommission der zweiten Lesung damit begründet,[1] „daß die Hauptverbindlichkeit auf Leistung am Erfüllungsort gerichtet sei; dadurch, das der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers die Sorge für den Transport übernehme, willige er nicht in eine Erweiterung des Inhalts der Hauptverbindlichkeit, so daß diese nunmehr den Transport mitumfasse, und der Bestimmungsort zum Erfüllungsort werde, sondern der Transport sei Angelegenheit des Gläubigers, und der Schuldner mache sich nur anheischig, derselben wie ein Beauftragter zu veranlassen. Während des Transportes müsse daher die Gefahr den Besteller treffen, weil der Übernehmer sie in weiterem Umfange, als er sie nach dem Werkvertrage zu tragen habe, nicht übernommen habe."

In sachlicher Beziehung führt das BGB. in § 645 Abs. 1 weitere Ausnahmen von dem Grundsatze an; es trägt nämlich der Besteller die Gefahr, wenn das Werk infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, ohne daß ein Verschulden des Unternehmers mitgewirkt hat.

Auf die in diesen Fällen eintretende Veränderung der Leistungspflicht der Parteien einzugehen, bleibt dem weiteren Verlauf der Abhandlung vorbehalten.

Haben wir oben vis maior dem einfachen casus bei der l. c. operis gleichstellen können, kommt also für unsere Auffassung der Begriff „vis maior" hier nicht als solcher in Frage, daß sich erst an ihn die rechtliche Folge des Gefahrübergangs auf den Besteller knüpft, wie es die

1) Kommissions-Protokolle S. 2245 fg.

Vertreter der Meinung, daß der Unternehmer die Gefahr trage, tun, so genügt es hier, ohne auf den Begriff der vis maior einzugehen, hervorzuheben, daß das BGB. bei dem Werkvertrag der höheren Gewalt nirgends Erwähnung tut; auch höhere Gewalt befreit den Unternehmer nicht, er trägt eben die Gefahr.

Wir kommen nunmehr zu dem praktisch wichtigen Teil unserer Abhandlung: die Wirkung des Zufalls bei dem Werkvertrag auf den Lohnanspruch des Unternehmers zu verfolgen, und zwar in ihrer verschiedenen Regelung nach römischem und heutigem bürgerlichen Recht.

Der Zufall kann nun zur Folge haben:

1. „Die Unmöglichkeit der Ausführung des noch nicht vollendeten Werkes",
2. „Den Untergang oder die Verschlechterung des bereits ganz oder teilweise vollendeten Werkes." [1]

Dementsprechend müssen wir bei der Untersuchung über die Gestaltung des Lohnanspruchs auch diese Scheidung zu Grunde legen.

Die erste Frage nach der Unmöglichkeit der Ausführung ist im BGB. nicht unter dem Titel „Werkvertrag" geregelt; es kommen hier wie im römischen Recht die allgemeinen Grundsätze über die nachträgliche unverschuldete Unmöglichkeit in Anwendung. Diese Vorschriften stimmen jedoch im wesentlichen nach beiden Rechten überein, weshalb nur erwähnt sein mag, daß der Besteller nicht das Interesse verlangen kann, aber der Unternehmer auch den Anspruch auf die Gegen-

1) Riezler a. a. O. S. 47; übereinstimmend Dernburg BR. § 318 Note 3; Örtmann II zu § 644 Anm. 1; Planck zu § 644 Note 3; Staudinger zu § 644 II.

leistung verliert.[1] Ist die hiernach nicht geschuldete Gegenleistung bereits bewirkt, so kann sie nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.[2]

Mit Rücksicht darauf, daß ein Arbeitserfolg Gegenstand der Leistungspflicht des Unternehmers ist, wird man wohl sagen müssen, daß auch bei nur teilweiser Unmöglichkeit der Anspruch des Werkmeisters auf die teilweise Vergütung entfällt, obwohl dies nach § 823 Abs. 1: bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der Minderungsregeln beim Kaufe zweifelhaft sein kann. In der Tat ist Örtmann[3] der Meinung, daß sich bei teilweiser Unmöglichkeit die Vergütung „pro rata" mindere. Dieser Satz wird, wie Riezler[4] hervorhebt, nur „in den seltenen Fällen" Geltung haben, „wenn das opus selbst ein teilbares ist."

Selbst dann nicht steht dem Unternehmer ein Anspruch auf Vergütung zu, wenn die unverschuldete Unmöglichkeit in der Person des Bestellers ihren Grund hat. Die Motive[5] weisen darauf hin, daß in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis vielfach, wenn auch bestritten, die Ansicht vertreten sei, daß ein solcher die Ausführung des Werkes unmöglich machender Zufall ähnlich zu beurteilen sei, wie ein nur subjektives Unvermögen des Bestellers. Eine solche Gleichstellung sei jedoch nicht gerechtfertigt. Nach den allgemeinen Bestimmungen könne die durch den Zufall in der Person

1) Windscheid, Pandekten § 264, 2; BGB. §§ 275, 323.
2) l. 15 § 6 D. 19, 2; BGB. § 323 Abs. 3.
3) Örtmann I S. 68.
4) a. a. O. S. 148.
5) S. 495.

des Bestellers herbeigeführte objektive Unmöglichkeit der Ausführung des Werkes die Eigenschaft der objektiven Unmöglichkeit dadurch nicht verlieren, daß der Zufall zunächst die Person des Bestellers getroffen habe. Da bei dem Werkvertrage die Gegenleistung nicht für die Arbeiten als solche, sondern für das Arbeitsprodukt versprochen werde, so empfehle es sich nicht, aus Billigkeitsrücksichten von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen.

Nur eine Ausnahme gilt hier, wie sie auch im römischen Recht von vielen anerkannt ist:[1] wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung unausführbar geworden ist, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. (§ 645).

Soviel über die in Betracht zu ziehende Unmöglichkeit der Ausführung. Die zweite aufgestellte Frage nach der Gestaltung des Lohnanspruchs, wenn das Werk selbst durch Zufall zugrunde geht oder verschlechtert wird, die von den Motiven als die „wichtige Frage nach der Tragung der Gefahr" bezeichnet wird, ist in den §§ 644, 645, 646 BGB. geregelt.

Für das römische Recht haben wir uns dahin entschieden, daß dem Unternehmer in diesem Falle für teil-

---

1) z. B. von Dernburg, Pandekten § 113; Dankwardt a. a. O. S. 351 Anm. 3; Goldschmidt a. a. O. S. 363; Puchta a. a. O. § 367.

weise, billigenswerte Ausführung der geleisteten Arbeit entsprechender Lohn gebühre.

Hiervon abweichend regeln sich die Verhältnisse nach dem BGB. Da nach § 644 Abs. 1 S. 1 der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme, oder, wenn diese nicht möglich ist, bis zur Vollendung trägt, so folgt daraus ohne weiteres, daß der Werkmeister keinen Anspruch auf Vergütung bei zufälligem Untergang oder Verschlechterung des Werkes vor diesen Zeitpunkten hat, ohne Rücksicht darauf, ob das Werk kaum begonnen oder nahezu vollendet, oder gar bei einer Abnahme fähigen Werken vollständig ausgeführt ist.

Eine Ausnahme von diesem strengen Grundsatz läßt jedoch das Gesetz, ebenso wie das römische Recht,[1] dann eintreten, wenn der Besteller in Annahmeverzug gerät.

Es sei betont, daß der Annahmeverzug nicht ein Verschulden des Gläubigers voraussetzt, mithin durch einen Zufall verursacht sein kann, obwohl auch dieser Punkt für das römische Recht nicht unbestritten war.[2]

War jedoch im römischen Recht die Wirkung des Annahmeverzugs auf den Lohnanspruch des Unternehmers lediglich nach den allgemeinen Regeln hierüber zu beurteilen, so hat das BGB. dem Werkmeister eine Erweiterung seiner Rechte gewährt.

Nach den allgemeinen Regeln beschränken sich nämlich die Rechte des Schuldners nach beiden Rechten folgendermaßen. Der Schuldner hat Anspruch auf die volle Ver-

1) l. 36 D. 19, 2.

2) Vgl. über diese Streitfrage Windscheid, Pandekten § 345 Note 8 und 9 und Dernburg, § 43 Note Note 9.

gütung, und kann Ersatz für Aufopferungen[1] und nach BGB. § 304 für die Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot, sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte. Der Schuldner kann sich ferner ganz von seiner Leistungspflicht befreien, indem er das Werk, z. B. Kostbarkeiten, oder bei nicht hinterlegungsfähigen Sachen den im Wege des Selbsthülfeverkaufs erzielten Erlös hinterlegt.[2] Das Recht der Preisgabe des beweglichen Gegenstandes, das ihm nach römischen Recht noch zustand,[3] hat das BGB. jedoch nicht aufgenommen.

Die angedeutete Erweiterung dieser aus den allgemeinen Bestimmungen sich ergebenden Ansprüche des Unternehmers, die natürlich außerdem in Kraft bleiben, ist nach dem BGB. für den Fall vorgesehen, daß der Besteller dadurch in Verzug der Annahme kommt, daß er eine bei der Herstellung des Werkes erforderliche Handlung unterläßt.[4]

Die Motive[5] begründen das Erfordernis solcher Sondervorschriften damit, daß für diesen Fall die allgemeinen Grundsätze ein wenig befriedigendes Resultat lieferten, indem nach derselben der Übernehmer dem Besteller gegenüber auf die oben erwähnten Rechte des § 304 beschränkt sei. Hierin würde aber eine offenbare Unbilligkeit liegen, die sich mit dem bei der Regelung des Annahmeverzugs leitend gewesenen Prinzipe nicht vertrage.

1) Windscheid, Pandekten § 346, 2; Cosack, bürg. R. § 148, 2.
2) Windscheid a. a. O. § 347; BGB. §§ 372, 383.
3) Windscheid a. a. O. § 346.
4) BGB. §§ 642, 643.
5) Motive S. 495.

Daraus ergibt sich denn die Notwendigkeit, durch Sonderbestimmungen den Interessen beider Parteien in angemessener Weise gerecht zu werden. Diesem Zwecke dienen die Regeln der §§ 642 und 643.

Kommt demnach der Besteller dadurch in Annahmeverzug, daß er seinerseits zur Mitwirkung erforderliche Handlung unterläßt, so hat der Unternehmer einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Die Höhe dieser Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart, oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben konnte (§ 642).

Über die Natur dieser „Entschädigung", deren Notwendigkeit und deren abweichende Regelung von den Bestimmungen des Dienstvertrages die Motive [1] aus der „Unteilbarkeit des Werkes" herleiten, sagt Crome [2] unter Verwerfung der Begründung der Motive: was essentiell den Werkvertrag vom Dienstvertrage unterscheide, und daher auch hier eine abweichende Regelung rechtfertige, sei vielmehr, daß er ein seiner Natur nach vorübergehendes Verhältnis setze. Der Werkvertrag sei keiner unbegrenzten Dauer fähig; er geht auf Erreichung eines bestimmten Erfolges, mit dessen Eintritt sich der Zweck des Kontraktes erschöpfe. Auf diesen Zweck werde die Gegenleistung zugestutzt. Bei ihrer Normierung werde u. A. auch in Anschlag gebracht, wie lange Zeit die Arbeit mutmaßlich erfordern werde, um den Erfolg

1) S. 495, 496.
2) Partiarische Rechtsgeschäfte S. 348.

herbeizuführen. Jede Verlängerung dieser Arbeitszeit durch unvorhergesehene Umstände sei somit beim Werkvertrage zum Schaden des Arbeiters, weil nicht das Maß der Arbeit, sondern der Erfolg belohnt werde, den er um soviel später erreiche. Wegen dieses Nachteils sei dem Arbeiter hier eine besondere Vergütung zuzubilligen, sofern die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs bei dem Besteller vorlägen und die Ausführung des Werkes nicht überhaupt gehindert werde. Der Sinn des § 642 sei hiernach, dem Arbeiter infolge der vermehrten Arbeitsdauer auch Anspruch auf einen entsprechend höheren Lohn zu geben; d. h. nach dem Verhältnis, wie der Lohn bei sonst gleichen Bedingungen bemessen worden wäre, wenn die Parteien von vorneherein bei dem Kontraktschluß in Rücksicht gezogen hätten. Daraus ergebe sich die Berechnung des Mehranspruchs des Arbeiters nach Maßgabe der veinbarten Vergütung und der Dauer des Verzugs.

Diese so bestimmte „Aversalabfindung“[1] erleidet dann noch eine Veränderung dadurch, daß dem Unternehmer die infolge des Verzugs ersparten Aufwendungen sowie alles, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben konnte, in Anrechnung zu bringen sind.[2] Gewöhnlich wird die Berücksichtigung dieser letzteren Vorschrift zu einer Kürzung des Lohnes führen, aber auch eine Erhöhung dadurch ist nicht ausgeschlossen. Denn konnte der Werkmeister „bei einem

1) Staudinger zu § 642.

2) Über die materielle Änderung dieses Schlußsatzes in der zweiten Lesung gegenüber der früheren Fassung: „oder hätte erwerben können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte.“ S. Crome, partiarische Rechtsgeschäfte S. 349 ff.

anderen, durch die erfolgte Hinhaltung versäumten Werk im Lauf derselben Zeitfrist mehr gewinnen, als aus dem hier vorliegenden Vertrage, so kann er sich hierauf berufen. Die Höhe der ihm zuzubilligenden Entschädigung bestimmt sich daher auch nach dem, was der Werkmeister in der fraglichen Zeit durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben konnte und nicht erworben hat, weil der Vertrag mit dem säumigen Besteller ihn daran hinderte."[1]

Eine weitere Hülfe für diesen besonderen Fall des Annahmeverzugs gewährt dem Unternehmer § 643, und darin liegt wiederum eine bedeutsame Abweichung vom römischen Recht, nämlich ein Kündigungsrecht.

Denn nach den Regeln des Annahmeverzugs wird der Werkmeister von der Notwendigkeit der Leistungsbereitschaft nicht frei, er müßte denn den umständlichen Weg der Hinterlegung gehen wollen.

Die Motive[2] verhalten sich gegen die Einräumung eines Kündigungsrechtes noch durchaus ablehnend, denn das, so wird dort gesagt, würde im Hinblick darauf, daß der Werkvertrag an und für sich und im Zweifel kein Fixgeschäft sei, eine ungerechtfertigte Härte gegen den Besteller sein. Dagegen führen die Protokolle zweiter Lesung[3] als Grund für die Einführung dieses Rechtes an, daß der Besteller dem Unternehmer nicht zumuten dürfe, sich auf unbestimmte Zeit zur Ausführung des Werkes bereit zu halten. Der Unternehmer rechne darauf, das Werk in abgemessener Zeit herzustellen und

1) Crome, partiarische Rechtsgeschäfte S. 352, 353.
2) S. 496.
3) Protokolle S. 2241.

dann in der Verfügung über seine Arbeitskraft und seine Einrichtungen wieder freie Hand zu bekommen. Wie der Dienstleistende im Falle des Annahmeverzugs zur Nachleistung nicht verpflichtet sei, so müsse auch dem Werkübernehmer die Möglichkeit gegeben werden, nach dem Ablaufe einer angemessenen Frist zur Nachholung der vom Besteller vorzunehmenden Handlungen seine weitere Bereitschaft zur Ausführung des Werkes abzulehnen.

Will der Werkmeister von diesem Kündigungsrecht Gebrauch machen, so muß er dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablauf der Frist erfolgt (§ 643).

Aus der Natur dieses Rechtes ergibt sich dann seine Wirkung auf den Lohnanspruch. Es unterscheidet sich wesentlich von dem Rücktrittsrecht und von der Wandelung dadurch, daß in beiden Fällen die Parteien verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen so zurückzugewähren,[1] als ob kein Schuldverhältnis zwischen ihnen bestanden hätte, während die Bestimmung des Lohnanspruchs in unserem Falle, da der Vertrag nur für die Zukunft aufgehoben wird, den Vorschriften des § 645 unterliegt. Hiernach kann der Unternehmer im Falle der Kündigung einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in die Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

1) BGB. §§ 346, 347; vgl. Planck zu § 643; Riezler a. a. O. S. 141.

Weitere Ausnahmen von seinem Prinzipe, die dem auch auf die Vergütung von Einfluß sind, führt das Gesetz in dem § 645 an, wenn nämlich das Werk vor seiner Abnahme in Folge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes, oder in Folge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen oder verschlechtert worden ist, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat.

Es ist hervorzuheben, daß auch hier kein Verschulden des Bestellers vorausgesetzt wird; einmal geht dies aus dem Absatz 2 des § 645 hervor: „eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt." Anderseits ist es sehr gut denkbar, daß dem Besteller, wie wir schon oben betont haben, die fehlerhafte Beschaffenheit des Stoffes, sogar bei einer Prüfung unbekannt geblieben ist, wie, um bei dem oben gebrauchten Beispiele zu bleiben, wenn eiserne Träger von dem Besteller zu einem Hausbau geliefert werden, und diese weil sie inwendig an einer Stelle nicht ausgegossen sind, die Last nicht tragen können.

Da jedoch dem Unternehmer nur dann Ansprüche zugebilligt werden, wenn kein Umstand mitgewirkt hat, den er selbst zu vertreten hat, so wird man zweifeln ob nicht im einzelnen Falle das ein von ihm zu vertretender Umstand sei, wenn er es unterlassen hat, den Stoff oder die Anweisung des Bestellers auf ihre Güte und Nützlichkeit zu prüfen und dem Besteller etwaige Bedenken zu äußern. Aus den Motiven[1] ist zu ersehen, daß das Gesetz mit Absicht davon abgesehen hat, dem

1) S. 485, 486, 501.

Unternehmer eine allgemeine Prüfungspflicht aufzulegen, da diese Frage eine allgemeine Beantwortung nicht zulasse. In manchen Fällen werde sie bejaht, in anderen wieder verneint werden müssen; zu bejahen z. B. wenn der Übernehmer auch für die Prüfung des Stoffes als Sachkundiger erscheine und der Werkvertrag die Auslegung gestatte, daß der Besteller auf eine solche Prüfung habe rechnen dürfen; zu verneinen dagegen in dem umgekehrten Falle, wenn der Besteller inbetreff jener Prüfung als Sachverständiger zu betrachten sei. Eine solche Bestimmung sei auch außerdem entbehrlich, da die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung und Erfüllung der Verträge genügten.

Man wird darum in solchen Fällen auf § 157 und § 242 zurückgehen müssen, nach denen die Auslegung des Vertrages und die Leistung so zu erfolgen hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Der Vergütungsanspruch ist nun im § 645 — und darin stimmt das Gesetz mit der von uns vertretenen Meinung für das römische Recht im wesentlichen überein — dahin bestimmt, daß der Unternehmer in diesen Fällen einen der geleisteten Arbeit entsprechender Teil der Vergütung und Ersatz der in die Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen kann. Ob dieser Anspruch als ein „Entschädigungsanspruch", so nach Riezler,[1] oder als ein vertragsmäßiger Anspruch in der festgestellten Höhe so nach Örtmann,[2] zu verstehen sei, ist für die zu berechnende Höhe der Vergütung wohl belanglos; es ge-

1) a. a. O. S. 147.
2) Örtmann II zu § 645 unter 2 c.

nügt hervorzuheben, daß er sich jedenfalls nach dem Maße der geleisteten Arbeit und nicht nach dem erzielten Erfolge richtet, was auch der Billigkeit entspricht, da nach dieser Verhältnisbeziehung der Lohn vielfach höher ausfallen wird, zumal wenn, ehe der Erfolg selbst erreicht werden kann, große Vorbereitungen haben getroffen werden müssen. [1]

Wir haben uns bisher mit der Gestaltung der Rechte und Pflichten der Parteien unter dem Einflusse des Zufalls vor der Abnahme oder vor der Vollendung des Werkes, wenn diese der Abnahme gleichsteht, beschäftigt. Doch ist hiermit die Frage nach der Tragung der Gefahr noch nicht erschöpft, insofern ein Zufall, der vor der Abnahme oder der Vollendung das Werk betroffen hat, auch nach diesen Zeitpunkten noch auf den Lohnanspruch des Unternehmers einwirken kann, nämlich unter dem Gesichtspunkt der Mängelhaftung.

Freilich geht mit der Abnahme oder der Vollendung des Werkes die Gefahr, aber nur die Gefahr des nach diesem Zeitpunkte eintretenden Unfalls auf den Besteller über, während ein Mangel, der vor diesem Zeitpunkte bereits dem Werke anhaftet, noch dem Werkmeister zur Last fällt.

Wir haben auch hier wieder nur die Mängel in Betracht zu ziehen, die ursächlich auf einen Zufall zurückzuführen

1) Dem Besteller steht nach § 649 das Recht zu, bis zur Vollendung den Vertrag jederzeit zu kündigen. Im Falle der Kündigung kann der Unternehmer die vereinbarte Vergütung verlangen; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart, oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

sind. Daß auch das BGB. hiernach unterscheidet, folgt aus § 635, wonach dem Besteller, wenn der Mangel auf einen Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat, auch das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, gegeben wird. Im übrigen sind jedoch die Regeln über die Mängelhaftung gleichlautend.

Da mit der Ablieferung oder der Vollendung des Werkes die Gefahr des späteren Untergangs oder der späteren Verschlechterung auf den Besteller übergeht, so ist ihm die Abnahme, wenn sie möglich ist, ausdrücklich zur Pflicht gemacht. Ob auch im römischen Recht diese Pflicht besteht, wie es z. B. Dernburg,[1] Puchta[2] lehren, ist zweifelhaft; es dürften aber auch die erwähnten Folgen des Annahmeverzugs einen genügenden Schutz für den Übernehmer bieten, da ihm auch das Recht der Preisgabe auch für bewegliche Sachen zusteht.

Über den Begriff der Abnahme ist man sich nicht einig, und zwar stehen sich hier hauptsächlich zwei Meinungen gegenüber. Nach der ersten Ansicht, die von Dernburg,[3] Loening,[4] Schollmeyer[5] und Titze[6] vertreten wird, umfaßt der Begriff der Abnahme beim Werkvertrage nur die „tatsächliche Entgegennahme", das „körperliche Ansichnehmen."

1) Pandekten § 113.

2) a. a. O. § 367, anderer Meinung ist Dankwardt a. a. O. S. 349.

3) Bürg. Recht II § 318 II, 1.

4) a. a. O. S. 741.

5) a. a. O. S. 55 Anm. 3.

6) a. a. O. S. 299.

Die zweite Meinung, der die meisten Autoren[1] beigetreten sind, hält als zum Begriffe der Abnahme gehörig nicht nur die tatsächliche Übernahme des Werkes, sondern auch eine Anerkennung der Leistung als Erfüllung, eine Billigung. Allein steht Cosack[2] mit seiner Auffassung, daß Abnahme diejenige Annahme sei, „die den Besteller zur Untersuchung des Werkes in Stand setzt."

Cosack verwirft die von der Mehrheit aufgestellte Lehre aus dem Grunde, weil der Besteller durch irgend eine Ausstellung an dem Werke der Verjährung hindern könne. Aber diese Schwierigkeit bleibt auch nach seiner Theorie bestehen. Denn wann werden im Streitfall die Parteien einig sein, daß eine Annahme vorliege, die den Besteller zur Untersuchung des Werkes in Stand setze? Unabhängig von dem guten Willen der Parteien ist die so definierte Abnahme durchaus nicht. Ferner wird[3]

1) z. B. Crome, part. Rechtsgeschäfte S. 312 f.; System § 266,1; Endemann, Lehrbuch des Bürg. Rechts § 175, 2 a; Kisch a. a. O. S. 69; Matthiaß, Bürg. Recht § 123 V, A; Örtmann II zu § 640; Planck a. a. O. zu § 640; Riezler S. 135 fg.; Staudinger a. a. O. zu § 640.

2) Cosack, Bürg. Recht § 148,3

3) von Crome, Bürg. R. § 266 Note 5.

4) Lehmann a. a. O. vertritt die Ansicht, daß unter Abnahme die „körperliche Hinnahme als Erfüllungsannahme" zu verstehen sei, daß aber diese Begriffsbestimmung nicht gleichbedeutend mit der herrschenden Lehre sei, nach der die Abnahme ein doppeltes: die Übernahme und die Billigung enthalte. Es bestehe keine Prüfungspflicht für den Besteller mit dem Präjudiz der Genehmigung. Die Abnahme sei nur die Annahme des Werkes als Vertragsleistung. Wir halten diese Meinung für ein Stehenbleiben auf dem beschrittenen Wege. Muß nach ihr der Besteller das „vertragsmäßig hergestellte Werk entgegennehmen", so liegt in diesen Worten doch schon ausgedrückt, daß Vertragsmäßigkeit des Werks unerläßliche Voraussetzung der Abnahme ist. S. die weiteren Ausführungen des Textes zu Dernburgs Ansicht!

richtig eingewendet, daß doch der Besteller nicht zu etwas verpflichtet sein könne, was ihn in Stand setze.

Gegen die Meinung Dernburgs ist geltend zu machen, daß nach den Worten des Gesetzes „der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen," die Pflicht zur Abnahme, die Vertragsmäßigkeit des Werkes zur Voraussetzung hat. Die Feststellung der Vertragsmäßigkeit kann doch nur von beiden Parteien erfolgen, und in dieser Feststellung liegt doch von Seiten des Bestellers die Anerkennung der Leistung als Erfüllung; denn mehr, als daß das Werk vertragsmäßig sei, hat er ja nicht bedungen. Ähnlich wird auch der Einwand widerlegt, daß Abnahme schon nach dem Wortsinn ein tatsächlicher Akt sei, denn der Begriff eines Wortes ist auch aus dem Zusammenhang, in dem es steht, zu erklären. Wenn Dernburg ferner sagt, mit der Ablieferung des Werkes, sofern dasselbe vertragsmäßig war, habe der Unternehmer seine Verpflichtung erfüllt, so kann man dem nur beistimmen. Aber ein Vorwurf der Ungerechtigkeit gegen die Lehre, die Billigung fordert, läßt sich daraus u. E. nicht herleiten, denn Dernburg sagt selbst „sofern es vertragsmäßig war. Zur Feststellung der Vertragsmäßigkeit gehört doch auch die Erklärung des Bestellers. Gegen grundlose Verweigerung der Annahme von Seiten des Bestellers, weil das Werk nicht vertragsmäßig hergestellt sei, gibt das Gesetz dem Unternehmer hinreichende Mittel.

Für die auch von uns vertretene Ansicht der Mehrheit sprechen auch noch sonstige Gründe. Sie entspricht nicht nur der Meinung, wie sie in den Protokollen[1] vertreten wird, sondern es wird auch in § 640 Abs. 2

1) Protokolle S. 317.

weiter bestimmt: nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, ohne sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorzubehalten, d. h. billigt der Unternehmer — indem er stillschweigt — die ihm bekannten Mängel, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Rechte nicht mehr zu.

Für das römische Recht lauten auch in der Frage der Mängelhaftung die Meinungen nicht übereinstimmend So macht es nach Gesterding keinen Unterschied, wenn das Werk wegen fehlerhafter Beschaffenheit oder durch einen Unfall nach der Übernahme und Billigung zu grunde geht. Auf diesen Unterschied könne es nicht weiter ankommen, nachdem der Vokator das Werk einmal gebilligt habe. Nur müsse der Conduktur die Billigung nicht durch Betrug hervorgebracht haben.[1] Ähnlich äußern sich Buchholtz[2] und Mommsen,[3] welch letzterer in der Billigung einen Verzicht auf derartige Ansprüche sieht.

Nach der herrschenden Ansicht[4] jedoch beraubt die vorbehaltlose Annahme der Arbeit nicht der Ansprüche wegen der Fehler, welche dem Annehmenden ohne seine Schuld verborgen waren.[5] Das BGB. macht nicht, wie es das gemeine Recht tut („ohne seine Schuld verborgen"), dem Besteller die Prüfung zur Pflicht, sondern beschränkt sich darauf, „an die Abnahme als solche den

1) Gesterding a. a. O. S. 107.

2) a. a. O. S. 8.

3) a. a. O. I S. 371.

4) S. z. B. Dernburg Pand. § 113; Örtmann II S. 57, Dankwardt a. a. O. S. 350, Note 1; Windscheid Pandekten § 401 Anm. 3.

5) Windscheid a. a. O. § 401.

Verlust des Rügerechts in Ansehung derjenigen Mängel zu knüpfen, von denen er bei der Abnahme Kenntnis hatte, es sei denn, daß er sich sein Recht bei der Abnahme vorbehält."[1]

Geltend machen kann jedoch der Besteller seine Ansprüche nach römischen Recht nur nach den allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung von Verträgen,[2] also mit einer Klage auf Beseitigung des Mangels und dem Rechte gegebenen Falls Schadensersatz zu fordern.

Das BGB. hat dagegen die Rechte und Pflichten der Parteien genau und abweichend, sowohl von den für gegenseitige Verträge im allgemeinen, als auch von den für den Kaufvertrag insbesondere gegebenen Rechtssätzen[3] geregelt, indem es beim Werkvertrage einen Mittelweg einschlägt. Die Motive[4] geben die Gründe für diese Besonderheiten an: sowohl die Übertragung der für gegenseitige Verträge wie der für den Kauf geltenden Bestimmungen sei bedenklich. Gegen den ersten Standpunkt sei geltend zu machen, das danach das Rücktrittsrecht des Bestellers, welchem gerade beim Werkvertrage eine große Bedeutung zukomme, ungebührlich beschränkt werde. Gegenüber dem zweiten sei zu erinnern, daß hiernach der Besteller neben dem Rechte, die Beseitigung des Mangels zu fordern, zugleich wahlweise das Recht der Minderung oder auch das Rücktrittsrecht habe. Ein Bedürfnis, dem Besteller zugleich diese Rechte zuzusprechen, liege um so weniger vor, als die chikanöse Ausbeutung dieser Rechte bei leicht zu beseitigenden Mängel zu besorgen sei.

1) BGB. § 640; vgl. Motive S. 490.
2) S. Riezler a. a. O. S. 111, Örtmann II S. 355.
3) Planck zu §§ 633—639.
4) S. 479, 480.

Daher empfehle es sich, die in Frage kommenden Rechtsvorschriften nach Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit durch spezielle Vorschriften zu regeln.

Zunächst ist zu fragen, welche Mängel kommen in Betracht? Darauf gibt uns § 633 die Antwort: „Das Werk muß die zugesicherten Eigenschaften haben und darf nicht mit Fehlern behaftet sein, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern."

Die Beurteilung des Werkes hinsichtlich der Fehler wird in einem strengen Sinne erfolgen müssen, da einmal bei unerheblichen Mängeln das Recht der Wandelung ausgeschlossen ist,[1] andererseits, da es sich um ein zukünftiges, erst herstellendes Werk handelt, dessen Werden der Werkmeister in der Hand hat, und darum die Zusicherung der Vertragsmäßigkeit als ein Garantieversprechen aufgefaßt werden muß.[2]

Ist nun das Werk mit einem Fehler in dem besprochenen Sinn behaftet, so hat der Besteller, wenn er die Annahme nicht überhaupt ablehnen will, wozu er ja nach § 640 ebenfalls berechtigt ist, zunächst das Recht, die Beseitigung des Mangels von dem Unternehmer zu verlangen; und nur in dem Falle darf der Unternehmer die Beseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. (§ 633 Abs. 2).

Man wird bei Bestimmung des Begriffes der Unverhältnismäßigkeit wohl nicht nur berücksichtigen müssen, ob sie für den Unternehmer besonders „kost-

1) BGB. § 634, Abs. 3.
2) Vgl. Crome partiar. Rechtsgeschäfte S. 228.

spielig" ist (so Dernburg[1]), sondern es wird auch darauf zu sehen sein, ob „der Nachteil, welcher dem Unternehmer durch den Aufwand für die Verbesserung erwächst, in einem großen Mißverhältnisse steht zu dem geringen Vorteile, den der Besteller durch die Verbesserung erfährt."[2]

Kommt der Unternehmer dem berechtigten Verlangen des Bestellers nicht nach, so kann dieser den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,[3] und der Unternehmer muß sogar diese Aufwendungen von der Zeit der Aufwendung anverzinsen (§ 256).

Erst in zweiter Linie und an besondere Voraussetzungen geknüpft hat der Besteller die Rechte auf Wandelung und Minderung aus § 634.

Um diese geltend zu machen, muß im Regelfalle der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen, mit der Erklärung, daß er nach dem Ablaufe der Frist die Beseitigung ablehne. Diese Frist kann der Unternehmer auch schon vor der Ablieferung bestimmen, wenn sich schon dann ein Mangel zeigt; nur muß sie so bemessen sein, daß sie nicht vor dem Ablieferungstermine abläuft.

Ist diese Frist fruchtlos verstrichen, so kann der Besteller nach seiner Wahl Wandelung oder Minderung

---

1) Bürg. Recht § 320.

2) Riezler a. a. O. S. 113; Örtmann II zu § 633,22.

3) BGB. § 633,3.

verlangen; dagegen ist er des Rechtes, Beseitigung des Mangels zu verlangen, hiermit verlustig gegangen.[1] [2]

Ausnahmsweise kann der Besteller die Rechte auf Wandelung und Minderung ohne Fristsetzung geltend machen bei objektiver Unmöglichkeit der Beseitigung des Mangels („ein bloß subjektives Unvermögen des Unternehmers genügt um so weniger, als er ja die Abhilfe durch Dritte vollziehen lassen kann“[3]), oder wenn die Beseitigung von dem Unternehmer verweigert wird, und endlich, wenn die sofortige Geltendmachung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.[4]

Jedoch ist dann die Wandelung ausgeschlossen, wenn der Mangel nur in einer unerheblichen Minderung des Werkes oder der Tauglichkeit des Werkes besteht.[5]

Die Rechtssätze über den Vollzug der Wandelung und Minderung stimmen im wesentlichen mit den ädilizischen Klagen der actio redhibitoria und quanti minoris überein.[6] Aber ihre Übertragung auf den Werkvertrag bildet eine bedeutende Neuerung gegenüber dem römischen Recht. Darum interessieren uns auch ihre Wirkungen auf den Lohnanspruch des Unternehmers.

Im Falle der Wandelung finden die Vorschriften über das Rücktrittsrecht auf die Verpflichtungen der

1) BGB. § 634.

2) Wird das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt, so tritt an die Stelle des Anspruchs auf Wandelung das Recht des Bestellers, von dem Vertrage zurückzutreten; doch finden die Vorschriften über die Wandelung des § 634 entsprechende Anwendung § 636, s. auch § 327.

3) Örtmann II zu § 634, Riezler a. a. O. S. 115.

4) BGB. § 634, Abs. 2.

5) BGB. § 634, Abs. 3.

6) Cosack, bürg. Recht § 126.

Parteien entsprechende Anwendung.[1] Die Kontrahenten sind daher verpflichtet, einander Zug um Zug die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert in Geld zu vergüten oder die in dem Vertrage bestimmte Gegenleistung in Geld zu entrichten.[2] Ferner ist Geld vom Empfange an zu verzinsen.[3] Sind von mehreren Werken, für die ein Gesamtlohn festgesetzt war, nur einzelne mangelhaft, so kann nur für diese die Wandlung verlangt werden, und die Gesammtvergütung ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Werke in mangelfreiem Zustande, wenn sie schon existiert hätten"[4] zu dem Werte der von der Wandelung nicht betroffenen Werke stehen würde.[5]

Außerdem sind dem Besteller auch etwaige Vertragskosten zu ersetzen.[6]

Kommt der Besteller jedoch mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes in Verzug, so hat der Unternehmer ein Mittel, die Wandelung unwirksam zu machen, indem er ihm eine angemessene Frist zur Rückgewähr mit der Erklärung bestimmt, daß er die Annahme nach Ablauf dieser Frist ablehne. Erfolgt die Rückgabe nun nicht binnen dieser Frist, so ist die Wandelung unwirksam.[7]

---

1) BGB. §§ 634, 467, 346—348, 350, 352, 354.
2) BGB. § 346.
3) § 347.
4) Riezler a. a. O. S. 119.
5) BGB. §§ 469, 471.
6) § 467.
7) § 354.

Soll aber nicht Wandelung, sondern Minderung erfolgen, so ist auch hier wieder die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des als fertig fingierten Werks in mangelfreiem Zustande zu dem Werte, den das mangelhafte Werk wirklich hat, stehen würde.[1] [2]

Ist eine Gesamtvergütung für mehrere Werke bestimmt und findet die Minderung nur wegen einzelner Werke statt, so ist bei der Herabsetzung des Lohnes der Gesamtwert aller Werke zu Grunde zu legen.[3]

Sind als Vergütung für die Herstellung eines Werkes Leistungen bedungen, die nicht in Geld bestehen oder nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen nach dem Werte zur Zeit des Vertragsschlusses in Geld zu veranschlagen (ebenso bei der Wandelung), und die Herabsetzung der Gegenleistung des Bestellers erfolgt an der so festgesetzten Vergütung; ist diese geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Werkmeister den überschießenden Betrag dem Arbeitsherrn zu ersetzen.[4]

Wir sehen, auch nach der Abnahme ist der Lohnanspruch des Unternehmers noch bedeutenden Änderungen in Folge eines Zufalls, der sich zwar in der Zeit der Gefahrtragung des Werkmeisters ereignet hat, unter-

1) § 472 in entsprechender Anwendung.

2) Anderer Meinung ist Dernburg, bürgerl. Recht § 320, der die Zeit der Ablieferung zu Grunde legen will; zweifelnd Örtmann II S. 357, der die Zeit der Herstellung für maßgebend halten möchte; wie der Text auch Fischer-Henle zu § 634, Planck zu § 634 Ziffer 6, Riezler a. a. O. S. 117 ff., Staudinger zu § 634, Ziffer 3.

3) § 472 Abs. 2.

4) § 473 in entsprechender Anwendung.

worfen. Darum muß das Gesetz dem Unternehmer helfend zur Seite treten, damit er in einem Zeitpunkte sich sagen kann, daß er nunmehr von allen Verpflichtungen aus dem Vertrage frei sei. Diesem Bedürfnisse wird dadurch Rechnung getragen, daß die Ansprüche auf Beseitigung des Mangels sowie auf Wandelung und Minderung in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren verjähren. Hat aber der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen, so verstößt er dadurch gegen Treu und Glauben, und es greift die gewöhnliche Verjährung von dreißig Jahren Platz

Endlich bedarf auch noch die Frage der Erörterung, ob der Unternehmer im Falle der zufälligen Vernichtung des Werkes verpflichtet ist, das Werk von neuem herzustellen.

Im gemeinen Recht war auch hierüber Streit. Von den wenigen Autoren, die sich über diesen Punkt geäußert haben, sprechen sich z. B. Burchardi, Gesterding, Glück[1] für eine solche Pflicht unbedingt aus, Wiskott,[2] mit Ausnahme der Fälle, wenn vis maior oder Annahmeverzug vorliegt.

Glück und Burchardi stützen sich auf die l. 15 D. 45,1: et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumpta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam an vero reliquum dumtaxat expectandum quod deerat. et verius est, ut integrum ei detur."

1) Burchardi a. a. O. S. 134, 135; Gesterding a. a. O. S. 98; Glück Bd. 17 § 1055.

2) a. a. O. S. 49.

Allein, wie Örtmann[1] hervorhebt, handelt diese Stelle nicht von einer locatio conductio, sondern von einer „stipulatio domum aedificari" also von einer „obligatio stricti iuris" und darf darum schon deshalb nicht auf die locatio conductio als einen bonae fideikontrakt angewandt werden. Außerdem aber beschäftigt sich diese Stelle nicht mit der Beantwortung der Frage der Wiederherstellungspflicht, sondern setzt diese als selbstverständlich bei ihrer stipulatio stricti iuris voraus, und gibt nur die Antwort auf die Frage, welche Zeit dem Versprechenden für den Wiederaufbau zu gewähren sei.

Nicht in dem unbedingten Sinne, wie die eben genannten, wollen Unterholzner, Bolze, Schmoll[2] dann dem Unternehmer eine solche Pflicht auferlegen, wenn das Werk noch möglich ist. Nur soweit sei der Werkmeister durch den Zufall entschuldigt, daß ihm die unterbliebene Ausführung nicht zur Schuld angerechnet werde.

Dagegen läßt Örtmann[3] keine Befreiung eintreten, wenn die Neuerrichtung dem Werkmeister keinen oder nur einen geringfügigen Mehraufwand von Zeit und Kosten verursachen würde.

Gegen jede Wiederherstellungspflicht wendet sich mit entschiedenen Worten Goldschmidt.[4] Nennt er einmal eine solche Pflicht, kraft deren der Baumeister das ohne seine Schuld vor der Vollendung eingestürzte Haus nach einmal bauen müßte, und zwar selbstverständlich für

1) Örtmann I S. 43, 58.

2) Unterholzner a. a. O. S. 349; Bolze a. a. O. S. 105, 106; Schmoll a. a. O. S. 74.

3) a. a. O. S. 59.

4) a. a. O. S. 363.

den einmal bedungenen Entgelt, und, sofern dies nicht möglich sein sollte, schlechthin für das Interesse einzustehen hätte, „exorbitant", so sucht er andererseits aus den Quellen das Gegenteil zu beweisen. Die von ihm angeführten Stellen sind besonders der Schlußsatz der l. 36 D. 19,2: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset", und l. 10 § 1 D. 14,2 „idem iuris erit (nämlich keine Klage), si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius."

Mag auch Bolze[1] darin Recht zu geben sein, daß diese Stellen nicht beweiskräftig sind, da in der l. 36 cit. von einem Zufall gesprochen werde, der die Sache des Lokators getroffen habe, mithin der Unternehmer selbstverständlich frei werde; daß die l. 10 § 1 cit. jedoch von unserem Falle überhaupt nicht, sondern „von den Gründen handele, welche den Schiffer zur Substitution eines anderen Fahrzeuges berechtige"; so ist doch auch seine gegenteilige Ansicht aus dem von ihm vertretenen Satze, daß der Unternehmer den Lohn nur für das „ausgeführte und probehaltige Werk" empfange, ebensowenig zu folgern. Denn dieser Satz spricht nur aus, daß der Werkmeister das Werk probehaltig ausführen muß, wenn er seinen Lohn erhalten will, führt er es unverschuldet nicht aus, so bekommt er eben keinen Lohn.

1) a. a. O. S. 98, 108.

Darum, ist keine direkte Entscheidung dieser Frage in den Quellen zu finden, wird man am besten tun, bei zufälliger Vernichtung, wie es den allgemeinen Grundsätzen entspricht, den Unternehmer von seiner Leistungspflicht zu befreien, und die Wiederherstellungspflicht auf den Fall des Verschuldens zu beschränken.

In dem BGB. ist eine Entscheidung hierüber nach der einen oder anderen Richtung nicht getroffen worden. Die Motive[1] erkennen an, daß unter Umständen der Unternehmer zu einer neuen Ausführung des Werkes verpflichtet sei. Nur sei es nicht möglich, bei der Verschiedenheit der in Frage kommenden Fälle eine allgemeine Entscheidung im Gesetze zu treffen; eine solche sei abhängig von dem besonderen Inhalte des Vertrages. Man wird darum nach den §§ 157, 242 den Vertrag oder die zu bewirkende Leistung unter dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu prüfen haben.

Ein indirekter Zwang zur Wiederherstellung liegt jedenfalls darin, daß der Unternehmer seines Lohnanspruches verlustig geht, wenn er nicht ein vertragsmäßiges Werk herstellt. Er wird darum gegeneinander abwägen, ob der Verlust der Vergütung für ihn nachteiliger ist als der Aufwand für die Wiederherstellung, und sich hiernach für das eine oder andere entscheiden.

Andererseits wird auch wohl die Meinung gerechtfertigt sein, daß der Werkmeister auch berechtigt ist, das Werk von neuem herzustellen, wenn anders er seinen sonstigen Verpflichtungen aus dem Vertrage z. B. der rechtzeitigen Herstellung, nachkommen kann.

1) Motive S. 498, 501.

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal die geschilderten Abweichungen der Vorschriften des BGB. über die Tragung der Gefahr bei dem Werkvertrage von denen des römischen Rechts, so erkennen wir, daß freilich das BGB. eine dem Werkmeister ungünstigere Regelung als das römische Recht getroffen hat. Denn das BGB. kennt keine Teilung der Gefahr zwischen den Parteien, sondern stellt an die Spitze den Grundsatz, daß der Unternehmer die Gefahr trage. Ja, nicht einmal in einer Ausnahme für die höhere Gewalt wird das Prinzip durchbrochen.

Man hat dem BGB. wegen dieser Regelung den Vorwurf „einer gröblichen Benachteiligung der produktiven Stände“[1] und einer „brutalen Ungerechtigkeit“[2] gemacht, da der Unternehmer auch sogar die Gefahr der Zufälle trage, die sich in der Sphäre des Bestellers ereignen.

Indessen darf doch nicht übersehen werden, daß die Regelung von dem Gesichtspunkte der wirtschaftlichen Gleichstellung aus erfolgt ist, und, ist erst das hergestellte Werk die Erfüllung, mit logischer Notwendigkeit zu diesem Ende führen muß. Daß auch wirtschaftlich den Ergebnissen, zu denen man hiernach kommt, keine erheblichen Bedenken entgegengesetzt werden können, wird man wohl den Ausführungen Cromes[3] zugeben müssen. Denn „der Zufall muß ein sog. objektiver Zufall sein, d. h. ein solcher, welcher, wenn er im Bereich des Gläubigers eintritt, doch gleichzeitig den Unternehmer objektiv ver-

1) so Örtmann I S. 69.
2) so Strohal a. a. O. S. 386.
3) partiarische R'sgeschäfte 317 ff.

hindert, überhaupt oder in guter Qualität zu leisten. Wenn der Zufall die Leistungsfähigkeit des Unternehmers für sich betrachtet, nicht beeinträchtigt, so liegt hier in Wahrheit ein nur subjektiver Hinderungsgrund in der Person des Bestellers vor, welcher dem Unternehmer nicht schaden darf."

Die Ausnahme, wie sie bei Annahmeverzug, bei Mängeln des Stoffes und einer Anweisung des Bestellers statthaben, sind immerhin bedeutend genug, daß dadurch das Ergebnis trotz und alledem ein annehmbares genannt werden kann.

Druckfehlerberichtigung.

S. 8 2. Z. v. u. lies: die rechtliche Behandlung des Zufalls.
S. 9 Z. 14 lies: Riezler statt: Rienzler.
S. 20 Z. 2 v. u. lies: darum bleibe statt: darin bleibe.
S. 28 Z. 1 lies: aber nur im statt: aber nun ein.
S. 32 2 v. u. streiche „auch".
S. 36 Z. 16 lies: nur an den statt: nur von den.
S. 49 Z. 2 lies: dennoch statt: demnach.
S. 49 Z. 3 lies: so doch statt: jedoch.
S. 51 Z. 4 lies: locatio statt: locatis.
S. 53 Z. 10 lies: denselben statt derselben.
S. 60 Z. 11 lies: vereinbarten statt veinbarten.